SULLE DONAZIONI

SULLE

PREDE MARITTIME

SULLA

QUALIFICAZIONE DEI FIUMI

E

PRIME MATERIE E QUESTIONI

SULLE FORME TESTAMENTARIE EC.

OPUSCOLI

del professore

G. D. ROMAGNOSI.

FIRENZE
NELLA STAMPERIA PIATTI
1834.

Est aliquid novum inventum vel occulte positum quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam induxit discordiae fines effugientem.

L. 2. §. 15.
Cod. de veteri jure enucleando.

AVVISO DELL' EDITORE.

Dopo aver pubblicato co' miei torchi la maggior parte delle Opere del Chiar. Prof. G. D. Romagnosi, che da esso in volumi sono state date in luce, e desiderando proseguire nella mia intrapresa, mi son data ogni premura di spogliare tutti i Giornali scientifici e letterarj che contengono molti scritti dal medesimo dettati, e raccoltili insieme ordinarli nella pubblicazione in quella serie che è piaciuto al benemerito Autore di designarmi. Questo settimo volume intanto contiene un *Trattato sulla riduzione delle donazioni* ec., che invano si ricercava in commercio, ed alcuni interessanti opuscoli estratti dal giornale di Giurisprudenza universale, e dagli Annali di Statistica.

Spero che gli Associati sapranno buon grado alla gentilezza dell' Autore ed alla mia cura di appagare il loro voto di vedere riuniti in un corpo tanti illustri scritti, che sebbene di piccola mole sono della maggiore importanza, e difficilmente reperibili stampati a parte.

GUGLIELMO PIATTI.

DICHIARAZIONE PRELIMINARE.

Se questo scritto altro non contenesse che la nuda esposizione delle ragioni contraddittoriamente allegate fin qui sulla celebre controversia ancor pendente = *se ed in qual modo siano riducibili le donazioni fra vivi fatte prima dell'attivazione del codice Napoleone da' padri morti dopo la medesima attivazione* = io mi sarei astenuto dal pubblicarlo. Ma dopo quello che fu disputato pro e contro da persone rispettabili, mi parve che la discussione fosse ancor suscettibile d'un maggiore sviluppamento.

Soprattutto mi è sembrato che per la soluzione del punto controverso fosse cosa importante, ed anzi decisiva l'esaminare, se considerato lo stato *positivo* della legislazione sì romana, che del regno d'Italia, la materia delle donazioni fra vivi, e della legittima, sia oggetto di ragion reale, e sottoposta ai principj ed alle regole delle cose di privata proprietà, o se pure sia materia di ragione puramente *civile* sottoposta ai principj e alle regole degli statuti personali.

Quando la questione sulla riduzione delle donazioni involgesse questa ispezione, e si trovasse che la materia è di diritto personale, ognun vede che la sua soluzione dipenderebbe da un principio ancora non contemplato. Ma nello stesso tempo si scorge di leggieri che la discussione sarebbe assaissimo abbreviata e resa facilissima, perchè escluderebbe le varie disquisizioni teoriche che si sono finora poste in campo.

In forza di quest' ultima considerazione potrei forse venir censurato, perchè io non abbia trattata la questione in pochissime pagine. La censura sarebbe giusta se io mi fossi proposto di esternare un' opinione definitiva. Ma l' uffizio che io assumo in questo scritto è piuttosto quello di espositore, che di definitore.

Forse taluno mi domanderà il perchè io non abbia parlato di molte decisioni nate nell' impero francese sul punto della riduzione delle donazioni. Ecco la mia risposta. Io non mi sono proposto di dare un trattato generale sulla reducibilità o irreducibilità delle donazioni fra vivi anteriori alla pubblicazione del codice Napoleone, ma unicamente di esporre la controversia della riducibilità di quelle donazioni, nelle quali sono interessate persone, le quali anteriormente avevano un assoluto diritto alla legittima, ed avuto riguardo alla capacità, alle condizioni ed ai diritti fissati dalle leggi romane e dal codice Napoleone, riferendomi, come esigeva una questione di diritto *transitorio*, ad amendue le legislazioni.

Io prego invece i miei Lettori ogni volta che

incontrano decisioni in questa materia, a voler riscontrare se si verifichi:

1.° Una donazione fra vivi celebrata sotto l'impero della legge romana.

2.° Un legittimario assoluto rivestito delle qualità contemplate nella detta legge, cioè tale che potesse influire anticipatamente sulle condizioni della donazione.

3.° Una continuazione di legislazione, per cui il codice Napoleone sia succeduto senza intervallo alla legge romana.

4.° La morte del donatore dopo l'attivazione del codice Napoleone.

Una sola di queste circostanze che manchi fa variare intieramente i rapporti di diritto, e quindi rende assolutamente inapplicabile ogni decisione emanata al caso nostro, nel quale convien computare il concorso di tutte, come ognun vede, e si può vittoriosamente dimostrare.

E poichè parliamo di decisioni siami permesso di prescindere dalle giudiziarie, e di invitare i lettori ad esaminare se in questa materia esista o no qualche *dichiarazione* o *disposizione legislativa*, la quale illuminar possa definitivamente la controversia. Così per esempio si potrebbe indagare se in fatto sia vero o no che il nuovo legislatore abbia *effettivamente ridotte* in favore dei legittimarj assoluti alcune donazioni fra vivi anteriori al codice Napoleone alla quota disponibile stabilita dallo stesso codice, mentre pure tali donazioni, come contratti di privata proprietà reale, non soffrivano veruna eccezione, dichia-

rando nello stesso tempo energicamente che con tale riduzione *non diede* alla legge del codice stesso verun effetto *retroattivo*.

Questa indagine, come ognun vede, è di *puro fatto*, e quasi non abbisogna che di occhi per essere eseguita. Quando risultasse l'affermativa, la questione non solamente si potrebbe sciogliere in favore dei legittimarj, ma quel che è più sarebbe già *definita* in una maniera *invariabile*, perchè la definizione sarebbe derivata dalla suprema autorità del legislatore. Ecco ciò di cui trattasi negli ultimi paragrafi di questo scritto. I lettori che io ho lasciati giudici di tutta la controversia, lo saranno pure di questo punto.

SULLA RIDUZIONE

DELLE DONAZIONI

AVANTI AL CODICE NAPOLEONE.

CAPO PRIMO.

PREMESSE GENERALI SULLA QUISTIONE.

§. 1. *Posizione della quistione in fatto e in diritto.*

Si domanda = se ed in qual modo siano riducibili le « donazioni tra vivi fatte prima dell' attivazione del Codice « Napoleone da' padri mancati di vita posteriormente.

Affine di giungere ad una soluzione sicura della proposta quistione è necessario di determinarne prima le condizioni di fatto e di diritto.

Supponga dunque in fatto

1.° Che le leggi romane relative alla successione dei legittimarj ad un padre, e più precisamente quelle relative all'azione della legittima sulle donazioni dei padri, fossero in vigore nel tempo in cui furono celebrate le donazioni, delle quali si tratta. Io suppongo perciò che fosse in vigore la Novella 92, e che al tempo della donazione tutti i figli avessero diritto di usare di quella Novella.

2.° Che la promulgazione del Codice Napoleone sia accaduta nell'intervallo che passò fra la donazione e la morte del donatore, e che a questi siano sopravvissuti i figli.

3.° Che l'azione dei legittimarj non sia diretta ad impugnare l'atto della donazione, domandando che sia dichiarata

sostanzialmente invalida, ma che unicamente sia diretta a domandare sulla sostanza passata al donatario *il supplemento* della legittima fino al ragguaglio della quota stabilita dal Codice Napoleone.

4.° Che dall'altra parte i donatarj non impugnino assolutamente la riduzione delle donazioni, ma solamente neghino che essa possa effettuarsi in una misura diversa da quelle che furono stabilite dalla legge romana.

Poste queste condizioni di fatto che risultano dallo stato della controversia realmente agitata, ne viene che la vera posizione della quistione è la seguente, cioè: == se i figli, « o altri legittimarj d'un donatore vivente sotto l'impero « della legge romana, e morto dopo l'attivazione del codice « Napoleone possano o no pretendere il supplemento della « legittima, o riserva ad essi stabilita dal codice medesimo « sui beni donati ad altri nel tempo che vigevano le leggi « romane.

Io non debbo temere che contro la posizione di questa quistione si possano trovare difficoltà, poichè

1.° Se i legittimarj altro non domandassero che la quota eguale alla romana non vi sarebbe controversia.

2.° Se questa quota romana non esistesse nell' asse ereditario del donante, non vi sarebbe difficoltà che non dovesse essere supplita dal donatario.

3.° Viceversa anche nel caso che avesse luogo l'azione per la quota del codice Napoleone, si dovrebbe prima esaurire la sostanza libera del donante, e in mancanza di questa rivolgersi sulla sostanza pervenuta al donatario.

Se però consultiamo le cause agitate, e riduciamo il punto di quistione a'suoi minimi termini, noi scopriamo che la posizione sovra espressa è ancor troppo ampia, poichè detraendo le cose concedute da ambe le parti, in ultima analisi si trova che la quistione si risolve nel ricercare non se il donatario possa sottostare ad una *detrazione di legittima; ma se la quantità di questa detrazione possa essere maggiore del triente, o del semisse.*

§. 2. *A che veramente si riduce il conflitto fra il legittima e il donatario.*

Ad ogni modo pertanto l'azione dei legittimarj si riduce ad un'azione meramente *suppletoria* di pagamento risultante in ultima analisi dal fatto dell'insufficienza dell'asse ereditario libero del donante. In quest'azione pertanto si suppone una specie di precedente escussione fatta dal legittimario creditore per legge sui beni del suo debitore, cioè del donante; consumata la quale a guisa di ipotecario si rivolge per il residuo pagamento contro il terzo possessore, cioè contro il donatario. A parlar dunque esattamente, la donazione fatta qui non si revoca, nè si riduce, come non si revoca, nè si riduce la vendita fatta da un debitore, ma unicamente si evince da un creditore avente un'ipoteca anteriore condizionata una parte della sostanza venduta esistente presso il terzo possessore (Nota I.).

La lite pertanto si fa fra un creditore, e un terzo possessore. Per parte del creditore non si domanda la revoca dell'alienazione, ma il pagamento del residuo suo credito. Per parte dell'acquirente non si impugna nè la verità, nè la qualità, nè la quantità del credito, perchè non si può impugnare che il figlio per esempio non abbia in astratto diritto alla legittima stabilita dal nuovo Codice: imperocchè se nella sostanza del donante vi sono beni sufficienti egli la ottiene senza eccezione; ma solamente l'acquirente nega che il legittimario possa ripetere da lui il di più eccedente la quota romana. Il donatario adunque non tenta di modificare il diritto del legittimario; ma si restringe ad una mera *eccezione*, colla quale a guisa di scudo respinge ogni detrazione dal patrimonio donatogli, e nulla più. Egli parifica con questa eccezione il suo acquisto ad una compra, sulla quale non riconosce altra ipoteca che quella della vecchia legge. Egli non pretende (supponendolo ragionevole) che i legittimarj succedano in forza della vecchia legge, o che fra loro

dividano la successione diversamente da quello che prescrive il codice Napoleone: esso pretende solamente di non essere molestato in forza dello *stato* delle cose *lasciato* dall'uso fatto della legge antecedente al di là di quello che essa attribuiva al legittimario.

§. 3. *Con qual legge si esercita il conflitto fra i donatarj, ed i legittimarj.*

Queste sono le pretese di ambe le parti. Ma qual'è la legge colla quale esse esercitano, o possono esercitare in oggi il loro conflitto? Io non parlo delle rispettive ragioni o argomenti *in jure*, ma della sola *facoltà* di *agire*, o di *eccepire*. Domando dunque perchè i legittimarj possono agire in oggi contro i donatarj? La risposta è ovvia. Essi possono agire perchè la legge attuale gli abilita in generale a domandare la riduzione delle donazioni in tutti que' casi, ne' quali può aver luogo.

Per lo contrario domando il perchè possano i donatarj *eccepire*? Se non perchè *la nuova legge* non permette nè ai giudici, nè ai privati di far *retroagire* le disposizioni del codice Napoleone, il quale da una parte non parla delle donazioni anteriori alla sua pubblicazione, e dall'altra ordina che alla legge non si dia un effetto retroattivo. Se difatti esistesse una legge la quale = dichiarasse che le donazioni « fatte prima della pubblicazione del codice Napoleone « da' padri morti sotto l'impero del codice medesimo *sa-* « *ranno riducibili* a tenore delle sue disposizioni = non vi sarebbe luogo a disputa.

L'eccezione pertanto primaria, ed unica dei donatarj è quella di *retroattività*, e questa è appoggiata all'articolo 2 dello stesso codice. Amendue le parti dunque combattono colla scorta della nuova legge. Non vi è dunque veruna servitù fra la legge vecchia, e la nuova. Ma bensì la legge nuova sempre serve a se medesima, ossia meglio, comanda sempre, e abilita le parti all'attuale conflitto.

§. 4. *Cosa dimostrar debbano i donatarj. Primo aspetto concreto della* eccezione.

Posto ciò è manifesto che i donatarj debbono dimostrare, come nella specie di fatto che si agita, l'azione dei legittimarj tenda a far *retroagire* la legge. Dico in questa *specie di fatto*, poichè è manifesto che se i donatarj presentassero una donazione *consumata colla morte* del donatore *prima* della pubblicazione del codice Napoleone, la retroazione sarebbe manifesta. Ma siccome essi presentano solamente un atto, che fu fatto bensì prima dell' attivazione del codice medesimo, ma che però fu susseguito dall' attivazione suddetta prima che il donatario morisse; talchè all' apertura della successione del donatore si trovò che il codice Napoleone costituiva l'unica legge vigente sulla materia delle successioni, e delle donazioni fra vivi; così in questa specie di fatto debbono dimostrare come coll' azione dei legittimarj si faccia retroagire la legge.

Dunque è manifesto che essi debbono dimostrare che « *posto il solo atto di donazione* senza aspettare la morte « del donatore quest' atto *sia rispetto ai legittimarj così* « *perfetto* e *consumato* che escluda di diritto qualunque « *detrazione* maggiore di quella del quadrante o del semisse stabilita dalla legge prima della morte del donatore.

§. 5. *La questione è di diritto legislativo*, e *non esecutivo*.

Prima ancora di ascoltare le ragioni del donatario domando a qual ordine di diritti appartenga la quistione proposta? È dessa di diritto esecutivo, o legislativo? Si tratta qui primariamente del diritto dei litiganti, o di quello della legge? Non v' è dubbio che l' interesse dei litiganti vi entra come *conseguenza*; ora domando se il punto che si propone sia di diritto conseguente alla legge che attribuì l' azione, e le eccezioni, o non piuttosto di diritto antecedente alla legge medesima, se sia di diritto *applicato* dietro la legge

promulgata, o di diritto *statuente del legislatore?* Io mi spiego. È indubitato che prima della morte del donatore i legittimarj non avevano nè diritto, nè azione da promovere contro il donatario. Allora dunque fra queste persone non poteva nascere un effettivo conflitto di diritti. Il donatario dunque prima della morte del donatore non può avere contro di se che la legge che precedette la morte medesima. Quella legge forse *preparò* allora il diritto del legittimario? Il legittimario se ne approfitta dopo la morte del donatore. Non *preparò* essa questo diritto? Il legittimario non ne potrà mai far uso. La lite dunque propriamente verte fra il donatario e il legislatore; dunque la quistione è di diritto legislativo, e non esecutivo.

§. 6. *Dell' unione della legge antecedente e susseguente intorno l' azione della legittima sulle donazioni.*

L' eccezione di retroazione involge essenzialmente il supposto d'un diritto *irrevocabile* che si pretende leso coll' applicazione della legge posteriore. Qui il diritto del donatario deve essere essenzialmente *relativo* al legittimario. Deve dunque il donatario dimostrare (non vagamente, ma bensì in questa specie di fatto; non in relazione o al donante, o ad altre persone, ma in relazione al legittimario) = di avere « *prima* della morte del donatore acquistato in forza del « *solo atto di donazione* celebrato secondo le leggi romane « in *faccia del Legislatore UN DIRITTO IRREVOCA-* « *BILE* di non sottostare ad una detrazione *maggiore* di « quella del diritto romano fino al punto di escludere l' impero d'una legge sopravvenuta prima della morte del « donatore. =

Ma se la legge anteriore non avesse attribuito al donatario *in forza del solo atto* di donazione e *prima* della morte del donatore questa *irrevocabilità di diritto contro al legittimario* a fronte d' una legge *posteriore* alla donazione ed anteriore alla morte medesima del donatore, potrebbe mai il donatario armare questa eccezione contro il legittimario ossia

contro il legislatore? Ricorriamo dunque primieramente alla legge anteriore statuente non sulla donazione e sulla legittima prese isolatamente, ma sui rapporti legali e attivi che passano fra l'una e l'altra, e più precisamente intorno all'*azione* della legittima sulle donazioni; e veggiamo se si possa trarre la prova della tesi proposta, cioè che la legge anteriore abbia *attribuito* al donatario in forza del *solo atto* di donazione, *prima* della morte del donatore una tale *irrevocabilità* di diritto *contro il legittimario* da impedire al legittimario stesso di far uso del beneficio d'una legge posteriore alla donazione, ed antecedente alla morte del donatore.

La legge ultima, e perciò prevalente del diritto romano su questa materia si è la novella 92. Esaminiamola per vedere se essa produca l'effetto inteso.

Una lettura superficiale ci convince incontanente che Giustiniano in quella novella non istatuisce sulla legittima in grazia delle donazioni; ma bensì statuisce sulle donazioni in grazia della legittima. Il fine proprio di quella novella si è quello che i legittimarj nella distribuzione dell'eredità ottengano ad onta della liberalità de'loro genitori la porzione a loro dovuta per legge = *Volumus* (dice egli) *ut si quis donationem* IMMENSAM *in aliquem aut aliquos filiorum fecerit, necessarium habeat in* DISTRIBUTIONE HÆREDITATIS *tantam unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit priusquam donationem pater in filium aut filios quos ea honoravit faceret, sic enim nihil ulterius in donationibus quærentur qui* HABENT *quidem in omni substantia patris quod legitimum est . . . . . necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus quod hæc (hæreditas) defert.*

Si ponderi bene questo tratto della novella. Forse qui Giustiniano si occupa nello stabilire condizioni o riserve alle donazioni perchè indi ne nasca il diritto alla legittima? Nulla affatto. Egli di altro non si occupa che dello stato del patrimonio al tempo della morte del donante, e vuole ad ogni modo che i figli allora ottengano la porzione loro dovuta per legge. Egli considera la donazione come cosa separata;

e dice in sostanza ai padri: comunque grande sia la donazione da voi fatta, siavi, o non siavi riserva precedente, a me basta che *alla vostra morte* gli altri figli trovino nel vostro patrimonio la porzione loro attribuita dalla legge. La pretesa riduzione della donazione, e la di lei misura è dunque una *conseguenza* della quale Giustiniano non parla nemmeno. Giustiniano non si è mai sognato di separare l'impero d'una legge nuova vigente al tempo della morte del donante dall'azione che in quel tempo può essere esercitata dal legittimario, e di costringerlo a prevalersi di una legge abrogata. Egli avrebbe commesso un assurdo di fatto; poichè senza d'una legge espressa transitoria un donatario avrebbe potuto argomentare nella seguente maniera. O voi agite in forza della nuova legge, o in forza dell'antecedente. Se agite in forza della nuova legge voi lo fate in vano, perchè prima della donazione essa non esisteva, e quindi non potè essere operativa. Se poi agite in forza della legge antecedente lo fate parimenti invano, perchè voi volete far agire un morto qual è una legge abrogata.

Se voi mi opponeste che il fatto della mia donazione non fu legalmente consumato, perchè al tempo della morte del donante si trova che io assorbisco la vostra legittima (locchè non mi era permesso dal diritto antecedente), vi risponderò che siccome voi non potete far operare la legge stessa in un tempo in cui non vige più; così non potete colla sua autorità impugnare, nè far riformare un atto da lei dichiarato illegale se non in quanto supponete che il suo impero continui ancora. Ma questo impero è estinto; dunque voi non potete più prevalervene.

Ma se i donatarj concedono che anche dopo l'attivazione del codice Napoleone i legittimarj possono almeno far ridurre l'antecedente donazione ai limiti della quota romana, essi perciò stesso uniscono i due tempi, e connettono le due legislazioni. Essi dunque sono costretti a riconoscere l'impero della nuova legge operante al tempo dell'apertura dell'eredità come unito e succeduto all'antecedente, onde verificare al tempo della morte del donante tanto l'azione

del legittimario contro il donatario, quanto le eccezioni del donatario contro il legittimario. In questa unione ha luogo solamente la nuova misura come la sola in vigore.

Giustiniano considerò che questa azione doveva aver luogo al tempo della distribuzione dell' eredità = *in distributione hæreditatis*; dunque Giustiniano ha espressamente fatto agire la legge vigente al tempo della morte tanto per autorizzare la petizione della legittima, quanto per regolare definitivamente la misura della donazione.

Sia pur vero che Giustiniano abbia avuto in mira la quota da lui stabilita; ma egli è pur vero che egli *non escluse* espressamente quella che alla legge piacesse in seguito di stabilire, poichè sì nell' uno, che nell' altro caso si sarebbe sempre verificato il *carattere indicativo*, ossia la denominazione generica di *porzione legale, di legittima di cosa dovuta per legge*.

Se la legge, stando le stesse circostanze, non presume la propria distruzione, essa non pretende nemmeno di escludere le utili riforme. Giustiniano stesso professò solennemente quanto segue = *Non enim erubescimus si* QUID MELIUS *horum quae ipsi prius discimus adinveniamus* HOC SANCIRE, *et competentem prioribus imponere correctionem* (*a*). = Quando dunque Giustiniano per indicare la legittima non usò della frase tassativa di quadrante, o di semisse, ma della denominazione generica *di parte legale* (*servare ex lege partem*) *di ciò che è legittimo*, ossia di legittima (*quod legitimum est*) di ciò che la eredità deferisce ai figli (*quod hæc defert*) usò d' una locuzione, la quale nell' atto che inchiudeva la misura da lui stabilita, non escludeva nemmeno ogni altra misura, che il Legislatore trovasse conveniente di stabilire prima della morte del donatore, ben vedendo che il Legislatore deve primariamente rispettare i rapporti della pubblica utilità (Nota II.).

(*a*) Novella 22.

Riconduciamo il discorso all'argomento preciso al quale fu diretto. È indubitato che Giustiniano nella citata novella

1.° Non parla di riducibilità, nè di irreducibilità *dell'atto di donazione* considerato nel suo principio in relazione alla legittima, ma unicamente contempla l'effetto che esso può produrre dopo la morte del donatore in pregiudizio dei legittimarj: e in questo caso prescrive la regola, colla quale le cose donate si possono far entrare nel calcolo estimativo per detrar indi la legittima.

2.° Non parla di alcun preteso jus quesito del donatario contro il legittimario, o contro una legge che nell'intervallo fra la donazione, e la morte del donatore può variare la quantità della legittima. Anzi presa la locuzione letterale non esclude le alterazioni che questa legge intermedia può introdurre; talchè ammette nel suo concetto tanto la legge antecedente, quanto la susseguente purchè preceda la morte del donatore. Dunque il punto della riduzione, o non riduzione fu lasciato sotto l'impero dei *principj generali* di ragione riguardanti la facoltà, la natura, e gli effetti sì delle donazioni fra vivi, che della legittima dedotti dallo *stato reale*, e *complessivo della legislazione stessa romana.*

3.° In ogni caso poi sia che si domandi la quota del codice Napoleone, sia che si domandi la quota Romana è indubitato che si debbono unire *i due tempi*, e prendere in considerazione lo stato legale delle cose prodotto da amendue le legislazioni (lochè è *comune* a tutti gli altri affari soggetti al diritto transitorio) e dedurne indi ciò che è di diritto.

CAPO SECONDO.

SVILUPPAMENTO DELLA QUISTIONE.

Premesse le osservazioni antecedenti, sulle quali non mi pare che possa cader dubbio ragionevole, passiamo alla discussione del punto controverso. Fingiamo perciò una specie di contradittorio fra il donatario, ed il legittimario, nel quale ognuno esponga le proprie ragioni.

SEZIONE I.

RAGIONI DEL DONATARIO.

---

§. 7. *Natura ed effetti della donazione.*

La quistione che si agita fra voi e me (dice il donatario al legittimario) per quel che veggo non verte intorno la *natura* della donazione, e della legittima, ma propriamente intorno *l'azione della legittima sulla donazione*. Questa azione poi non si può sotto la vecchia, e la nuova legislazione verificare se non nel caso che il patrimonio di vostro padre sia insufficiente a soddisfare al vostro credito; e però in ultimo dipende da una circostanza di fatto puramente eventuale, la quale provoca il conflitto tra voi e me.

Qualunque però sia la forza di quest'azione puramente accidentale essa sarà necessariamente determinata dalla natura dei due diritti che vengono a contrasto. Prima dunque di considerarli in conflitto, si devono considerare in se medesimi come si fa nel calcolare il risultato delle forze contrarie.

La donazione fra vivi, e la legittima contemplate in se medesime hanno certi caratteri tutti propri, che ne costi-

tuiscono la rispettiva natura, e dipendono dal concorso di certe circostanze che le rende in diritto indipendenti l'una dall' altra.

Considerate voi la donazione in se medesima? Allora altro non vi posso ravvisare se non che un atto libero d' un padrone di una cosa col quale trasferisce ad un altro il dominio della cosa medesima per sola causa di liberalità, e di munificenza, in modo che l' altro ne divenga tosto padrone, nè la cosa stessa torni più in proprietà del cedente.

O questo dominio viene *immantinente*, e senz' altra condizione intermedia trasmesso all' acquirente; o detta trasmissione dipende in tutto, o in parte da una condizione da verificarsi. Nel primo caso la donazione è *pura;* nel secondo essa o in tutto, o in parte è *condizionata* (Nota III).

Nell' uno e nell' altro caso però è sempre irrevocabile pel donatore, perchè a lui non ritorna più la cosa donata. La condizione nel caso nostro della legittima non è diretta per far tornare indietro la cosa, ma bensì o per consolidare al tempo della morte del donante nel dominio del donatario tutta intiera la cosa donata, o per lasciare ai legittimarj l' azione suppletoria attribuita loro in certi casi dalla legge vigente al tempo del contratto.

Ciò che si dice di una condizione si verifica di mille altre. Ma quando in giurisprudenza pronunziate la parola condizione, voi esprimete un evento futuro indipendente dall' arbitrio della persona che si vuole spogliare d' un diritto, all' esistenza del quale *anticipatamente* voi legate la trasmissione, o totale, o parziale del diritto medesimo, e però esprimete una cosa anticipatamente contemplata (*a*). Senza di ciò l' evento non sarebbe condizione, ma un fatto estraneo e staccato, e privo di qualunque influenza. Dopo che il contratto è chiuso e perfetto, e dopo che la cosa è sortita irrevocabilmente dal patrimonio del donante, ed entrata nel patrimonio del donatario, non è più suscettibile di

(*a*) Conditiones *initio donationis imponuntur.* Gottofredo ad L. 4, Cod. de donationibus quae sub modo.

modificazione nè di veruna condizione (*a*). La condizione si può in un certo senso parificare all' ipoteca. Essa rassomiglia ad una cifra di pagamento eventuale impressa su di una carta spedita dal donatore al donatario; ma quando la carta è fuor di mano del donatore; quando essa non può più tornare alle di lui mani, come potrà aggiungervi una seconda cifra da cui dipenda un eventuale pagamento a carico del donatario maggiore di quello che fu prima stabilito?

Io ricevetti la donazione dal padre vostro con tutte le obbligazioni eventuali che la legge romana esigeva nel tempo in cui fu fatta: e in questo senso queste obbligazioni eventuali divennero *condizioni* del mio acquisto. Ne avete voi qualcheduna di queste a produrre? Eccomi a soddisfarvi. Non ne avete voi di queste? E perchè molestarmi?

Voi producete un aumento del vostro credito fatto dalla legge dopo il mio acquisto: ma io non leggo quest' aumento nè esplicitamente, nè implicitamente contemplato nella carta a me trasmessa da vostro padre. Questo aumento non vi entrò nè per fatto dell' uomo, nè per fatto della legge; dunque esso è fuor del contratto. Dunque quanto a questo aumento il mio acquisto non è condizionato, ma puro. Dunque quanto a quest' aumento io non ebbi veruna *sospensione*, e però il mio jus quesito è perfetto. Dunque rispetto alla nuova legge il mio diritto è intangibile; poichè essa vi comanda di rispettarlo.

Sia dunque che voi consideriate la donazione fino dapprincipio pura, sia che la consideriate come condizionata, voi non potete molestarmi. Vi appigliate voi al secondo partito? Voi non mi potrete mai offendere fino a che non mi mostrate che l' aumento della nuova legittima computar si possa nel numero delle condizioni, ossia delle cose che an-

(*a*) « Perfecta donatio conditiones postea non capit. Quare « si pater tuus donatione facta quaedam post aliquantulum « temporis fecisse conditiones videatur; officere hoc nepoti- « bus ejus, fratris sui filiis *minime* posse non dubium est. » L. 4, Cod. de donationibus quae sub modo.

ticipatamente furono o per fatto dell'uomo, o per fatto della legge allora vigente, stabilite e impresse sul mio acquisto. Mostratemi che la legge, o la volontà dei contraenti avessero a quest'evento legato l'obbligo mio di pagarvi quest'aumento colle sostanze a me trasferite dal padre nostro, ed io cederò.

§. 8. *Continuazione delle ragioni del donatario. Ragioni per sottrarre la cosa donata dal sottostare all' aumento della vecchia legittima.*

Voi mi spingerete forse al momento della morte di vostro padre per far giuocare il vostro diritto, e far nascere a mio carico un aggravio che prima io non aveva. Ma in questo vostro argomento voi commettete uno scambio di idee che la buona logica legale non vi permette. Altro è dire che la morte del vostro padre sia *il momento* definitivo, nel quale o l'uno, o l'altro dei casi contingibili prima contemplati come condizione, si trovano verificati, e quindi rendono concreto ed esecutivo il mio obbligo verso di voi; ed altro è dire che colla morte di vostro padre unita alla legge *posteriore* alla donazione si possa *introdurre* nella donazione stessa una nuova condizione, la quale nè per fatto dell'uomo, nè per fatto della legge prima vi fu apposta.

Fino a che alla morte di vostro padre non attribuite altro effetto che quello di rendere reale qualcheduna delle condizioni che potevano prima essere contemplate nell'atto della donazione, perchè prima erano stabilite dalla legge, io non ho nulla a che dire, ma quando voi volete attribuirle l'effetto d'una *riforma*, voi non conservate più la donazione nella sua integrità, perchè vi introducete una legge, a cui non fu allora assoggettata, ma invece voi praticate una vera *novazione*.

Ora chi vi ha detto che l'assegnazione del tempo possa operare una novazione? Chi vi ha detto che se anche questo tempo rappresentasse la *verificazione* di molte condizioni, o fosse egli stesso una condizione, possa ammettere un di-

ritto, ed un obbligo che non fu contemplato? L'essenza delle cose è immutabile. Se fu contemplata la partenza, si potrà mai dire che si possa inchiudervi il ritorno? Se fu contemplato il meno; si dovrà dunque inchiudervi anche il più? Chi vi ha detto che il più stia nel meno? Ma così è che per la donazione di vostro padre ad ogni pessimo evento io non era tenuto alla di lui morte che a pagarvi il meno, perchè la legittima romana è minore dell' italica. Dunque non mi potrete dimostrare che io debba pagare il di più. La morte di vostro padre altro non era che un caso a cui era legato il pagamento tutto al più di quattro. Questi quattro costituivano il maximum, a cui si potesse giungere in forza delle leggi vigenti al tempo della donazione. Voi mi volete far pagare otto. Come potreste voi dimostrarmi che il caso della morte di vostro padre, anche unito all' emanazione della legge intermedia, potesse far cangiare il *fatto passato* qual era lo stabilimento di quattro? Voi siete dunque costretto a ricorrere ad una *novazione* fatta non dai contraenti, ma dalla legge sola. Ma perciò stesso che introducete una novazione non eseguita dai contraenti, voi fate una operazione distruttiva della *irrevocabilità convenzionale* della donazione; e quindi tentate di offendere il mio jus quesito pari a quello d'una compra anteriormente soggetta ad una data ipoteca, o altro aggravio condizionale garantitomi tanto dalla legge anteriore, quanto dalla legge posteriore, le quali ricusano di retroagire a piacere dei privati e dei magistrati.

SEZIONE II.

RISPOSTA DEL LEGITTIMARIO.

§. 9. *Prime osservazioni intorno l' azione della legittima nelle cose donate.*

Contro quest' ultima conseguenza (risponde il legittimario) io vengo solamente lasciando il rimanente. È vero che io ricorro ad una novazione praticata in mio favore per fatto della legge; ma vi dico che questa non è una novazione di *diritto*, ma di puro fatto; colla quale io non fo *retroagire* la legge, ma lo fo continuare nella pienezza di sua autorità. Per giungere alla dimostrazione di questo assunto, premetto quanto segue:

1.° Voi non potete negare che « non si ammettono già i « figli a conseguire la legittima sui beni donati, come tut- « tora costituenti parte della sostanza del padre defunto, e « come quota della di lui eredità. Il loro diritto su tali beni « non è che un privilegio loro accordato dalla legge come « figli, e non come eredi onde abilitarli ad onta del trapas- « so di essi in dominio del donatario a rivocare quella de- « terminata parte de' beni, che la legge pose in condizio- « ne (*a*) (Nota IV). »

2.° Sia che io in oggi contro di voi agisca per la quota romana, sia che io agisca per la quota italica, io debbo sempre unire due *tempi*, cioè quello della donazione e quello della morte; e però debbo unire l' impero di due leggi, cioè della romana e dell' italica nella stessa materia. Ciò è comune a tutti gli affari di diritto transitorio, come per esempio alle azioni ipotecarie derivanti da un documen-

(*a*) Decisioni della Corte di Cassazione nella Causa Morando e Melotti pag. 54. 55.

to anteriore alla promulgazione del codice Napoleone (V. §. 6).

3.° Per qualunque delle due leggi io possa agire contro di voi per il supplemento della legittima, io non potrei mai nè domandare la legittima, nè impugnare la donazione come eccessiva, se non *dopo la morte* di mio padre: avvegnachè se per modo d'ipotesi la donazione fosse stata da principio eccessiva anche secondo il diritto romano, avuto riguardo al patrimonio d'allora, ma però fra la donazione e la morte si fosse aumentato il patrimonio stesso in modo di trovarvi la mia quota, io non potrei mai recarvi molestia (Nota IV).

Quali sono le conseguenze derivanti da queste premesse? Eccole:

In qualunque tempo io non riconosco il mio diritto nè da voi, nè da mio padre, ma dalla sola autorità del legislatore. Esso annette questo diritto alla qualità mia di cittadino, di figlio e di superstite. Considerate voi questo diritto al tempo della donazione? Esso è così prevalente e precipuo che nè a mio padre era permesso di dare, nè a voi di ritenere alcuna parte della sostanza che mi fu attribuita dal legislatore, di modo che non trovando la mia quota libera nella successione di mio padre, io poteva ripeterla da voi, dal che ne viene che la legittima non serve alla donazione, ma la donazione serve alla legittima.

Qualunque cosa pertanto abbiate voi convenuta con mio padre, e qualunque siano state le vostre intenzioni io non riconosco il mio diritto da voi, nè mi curo se lo abbiate o no contemplato come condizione della vostra convenzione; a me basta di trovare alla morte di mio padre il fatto mio. Se avete pensato al mio interesse, e se pretendete di averlo salvato, io non lo riconosco da alcun patto fatto con me, nè con alcun mio procuratore; e però esso non è la conseguenza di alcun atto vostro convenzionale, nè di altro atto di *proprietà* privata di voi e di mio padre; ma di un puro atto di *ubbidienza* necessaria prestata alla legge. In breve, la

detrazione della legittima non è una *condizione* posta dai contraenti, ma è in ogni caso una *legge imperativa*, e ristrettiva del medesimo assoggettata alle condizioni di fatto *contemplate dalla legge*.

L' azione di questa legge contro di voi, e quindi sul preteso contratto irrevocabile dipende da due fatti, cioè dal fatto della morte di mio padre, e da quello della impotenza del di lui patrimonio a soddisfare al mio credito *privilegiato*. Se dunque considerate il tempo della donazione, voi non potete opporre a me altra eccezione che quella che io voglia *estendere i confini* del mio privilegio al di là della misura stabilita dalla legge; ma non potreste mai eccitare verun conflitto contro la legge medesima, nè far servire me al vostro contratto.

Voi mi replicate che volendo estendere questo privilegio io offendo il vostro diritto di proprietà garantitovi dalla legge medesima. Avreste ragione se io volessi estenderlo di mio privato arbitrio; ma quando lo estendessi coll' autorità della legge, non avreste nulla ad oppormi, perchè rispetto a me la proprietà vostra irrevocabile non ha luogo se non *dopo che* io sia soddisfatto del mio credito privilegiato. Io non dico tutto, la vostra proprietà ed il mio credito sono così correspettivi, che nel caso della legale detrazione, qualunque ella siasi, la *misura* della vostra proprietà assoluta risulta esattamente dalla misura del mio diritto, ed è conseguente e dipendente dalla soddisfazione del mio diritto. Ecco in generale il risultato della forza della legittima sulla donazione derivante dai rapporti essenziali delle cose qualunque sia la detrazione che si voglia praticare.

§. 10. *Continuazione della risposta del legittimario. Come la variazione della legittima, prima della morte del donatore, non operi una novazione di diritto.*

Ciò posto, veggiamo se si possa verificare legalmente quella che io chiamai novazione *di fatto.*

Postochè l' azione mia non si può, secondo amendue le legislazioni, verificare e spiegare nè contro di voi, nè contro il patrimonio paterno che *dopo* la morte di mio padre, e postochè la misura della vostra proprietà irrevocabile è determinata e conseguente alla soddisfazione della mia legittima, ne viene di necessaria conseguenza che la qnantità della vostra proprietà irrevocabile non può, rispetto a me, venire definitivamente stabilita che alla morte stessa di mio padre. Voi pretendete che ciò si faccia come se la legge romana fosse vigente, e non come se fosse vigente il codice Napoleone. E perchè ciò? Perchè, mi rispondete, io acquistai da vostro padre la sua sostanza col carico verso di voi di quattro e non di otto. Dunque tutto il di più di quattro divenne mio ed irrevocabilmente mio. Al tempo del mio acquisto fu preparato e conveuuto ciò che dopo la morte di vostro padre far si doveva in vostro vantaggio. In oggi non fo che consumare ciò che fu preparato allora, nè voi potete pretendere di più.

Ma qui (io ripiglio) parmi che voi commettiate un circolo vizioso. Imperocchè la misura della quota che mi perviene per legge, si dee e per fatto, e per diritto determinare *alla morte* di mio padre, e da ciò desumere quindi la quantità della sostanza che può *irrevocabilmente* rimanere a voi.

Ciò che faceste al tempo della donazione rispetto a me, era in ogni caso una provvidenza diretta al *futuro*, e non uno stabilimento per allora. In allora io era senza attività, senza diritto, ed anzi io non era considerato nemmeno come certamente superstite. Ciò che faceste in allora non poteva nuocere alla legge operativa al tempo della morte di mio

padre, perchè la legge stessa di allora vi diceva che non prima, ma dopo la morte di mio padre solamente io doveva avere tutto ciò che il legislatore mi attribuiva. Io non ho ciò che il legislatore mi attribuisce, dunque voi defraudate me e la legge.

Colla vostra operazione, o signor donatario, fate un giuoco inverso. Voi non determinate più ciò che mi perviene realmente per legge alla morte di mio padre, ma ciò che mi sarebbe pervenuto se mio padre *fosse morto prima* della legge che stabilisce la sola quota a cui posso pretendere. È indubitato che la quota che mi perviene per legge alla morte di mio padre non è quella di quattro, ma di otto. Voi dunque tentate di trarre il presente al passato, e di sottrarre dall' autorità del legislatore l' effetto della legge sua. E con qual mezzo? Con un giuoco anticipato fatto di privata autorità fra voi e mio padre.

Ma questo andirivieni diventa illusorio in faccia alla ragione ed alla legge. Con qual mezzo, rispetto a me, pretendete di aver garantito l' irrevocabilità del vostro acquisto, e di escludere la mia azione? Col dirmi che l' atto della donazione fu, quanto al mio interesse, regolato colla *vista del futuro*, ossia colla vista del diritto che per legge mi potea competere alla morte di mio padre. La legge difatti vi dichiarava che al momento della *distribuzione dell' eredità*, cioè dopo la morte di mio padre, io dovea ottenere quella quota che la legge mi stabiliva. Dunque il futuro dovette regolare in allora i termini della donazione, in modo che la detrazione legale dovutami al tempo della morte di mio padre determinasse la misura del vostro acquisto. Quel futuro si è verificato. Che fate voi? Vi sottoponete alle sue leggi? No: perchè sostituite alla legge reale che domina nel tempo della morte un' altra legge che alla morte di mio padre non era più, e quindi disfate quello che avete fatto, traendo il presente al passato.

Voi mi dite che acquistaste la sostanza di mio padre coll' obbligo eventuale di quattro, e non di otto; e però il di più di quattro fu fatto vostro irrevocabilmente.

Voi acquistaste, io rispondo, la sostanza di mio padre coll'obbligo eventuale di quattro VARIABILI prima della morte di mio padre, concedo; *invariabili*, nego. Dunque il di più fu fatto vostro irrevocabilmente, nego la conseguenza.

Altro è dire che la legge su la legittima vigente al tempo della donazione (cioè la Novella 18) vi abilitasse a ricevere tuttociò che sopravanzava ai quattro, ed altro è dire che per ciò stesso *acquistaste* contro la legge il diritto *irrevocabile* di non sottostare *dappoi* verso i legittimarj che *ai soli* quattro. Come proverete voi questo jus quesito contro la legge per il *futuro*? Forse l'obbligo vostro non riguardava essenzialmente ed *unicamente* questo stesso futuro? Chi poteva dunque garantirvi contro le variazioni della legge? Forse la natura della legittima? No, perchè essa era tutta di privativa spettanza della legge, e di indole successoria *causa mortis*. Voi non potevate mai stipulare col legislatore, ma solamente dovevate ubbidire.

Dunque qualunque misura di legittima, che prima della morte di mio padre a lui fosse piaciuto di stabilire, *subentrava ipso jure* in luogo del triente e del semisse, onde determinare la misura della riduzione futura della vostra donazione. Forse potevate garantirvi con *rapporti di fatto* fra voi e me? No, perchè tali rapporti si trovavano allora in uno stato puramente *ipotetico*. Dunque voi non avevate fondamento alcuno nè nel fatto della legge, nè nel fatto dell'uomo onde armare contro la legge questo preteso jus quesito. Resta dunque che questo preteso vostro jus quesito non ebbe verun punto d'appoggio (Nota V).

Voi dunque dovevate fino alla morte di mio padre riguardarvi in faccia della legge come *padrone condizionato* del di più dei quattro; e dire a voi stesso: io avrò tutto questo di più *purchè* il legislatore non venga prima della morte del donatore a sottrarne qualche cosa. Tale è essenzialmente la natura *primitiva* della *condizione* apposta al mio contratto che mi obbliga a dare ai figli che che la legge loro stabilisce alla morte del padre loro.

Volete voi tenere un altro discorso? Esso non sarà valutabile avanti a verun giudice se la legge stessa non lo tiene a nome vostro; ma la legge ha sempre stabilito che la misura della quota dei legittimarj è quella sola che si trova stabilita dal legislatore al tempo della morte. Dall' altra parte ha stabilito, che la quantità della donazione non diviene irrevocabile che dopo di aver soddisfatto alla legittima, e per conseguenza se non dopo la morte del donante. Dunque coll' escludere voi il mio supplemento, voi tentate di sottrarre la donazione dall' azione legale della legittima da cui essa dipende. Se voi volete anticipare l' effetto della legge per defraudarmi, voi fate oltreagire la legge, e non io la fo retroagire.

Affine di non lasciare verun dubbio su di questo punto massimo, vi fo osservare che non si può verificare vizio di retroazione dove non havvi violazione di un jus *irrevocabilmente* quesito. Dunque si deve prima provare *la esistenza* di questo jus irrevocabilmente quesito; e però prima di tutto si deve in massima definire *in che consista*; altrimenti la disputa procede all' infinito senza criterio, e senza un mezzo di soluzione. Ciò posto, eccovi come io procedo: « On entend « par *droits acquis* ceux qui étaient *irrévocablement conférés*, et définitivement acquis avant . . . . la loi que l'on « veut opposer pour empecher la pleine et entière jouissance « de ces droits » (*a*). E qui distinguendo i diritti personali dai reali prosegue: « Quant aux droits réels s'ils resultent « des conventions. . . . s'ils ont été stipulés *irrévocables* ou « DECLARÉS TELS par une loi existante ces sont des droits ac« quis qu'une loi nouvelle ne peut abolir. »

Supponendo dunque con voi che la materia delle donazioni fra vivi appartenga alle leggi reali (su di che per ora non voglio disputare), il supposto vostro diritto quesito di non soffrire riduzione maggiore del triente e del semisse,

(*a*) Chabot-d'Allier. Questions transitoires. V. droits acquis.

dovrà risultare o da una convenzione, o da una legge che lo stabilisca, e lo stabilisca *come irrevocabile*.

Invano voi ricorreste alla irrevocabilità generica della donazione. Essa vale fra voi e mio padre; ma non fra voi e me. Quanto a me « la donazione *sembra perdere* il suo ca« rattere d'*irrevocabilità*, poichè i beni che la compongono « sono tolti in tutto, o in parte al donatario per soddisfare « i figli della legittima (*a*).

Dunque conviene considerare la cosa nei *rapporti che passano fra la legittima e la donazione*. Dunque in questi rapporti si deve indagare se sorga o no questo preteso diritto, e se sia irrevocabilmente conferito o acquistato. Ma siccome deve risultare o da una convenzione, o da una legge che lo conferisca, e lo dichiari per irrevocabile: dunque si deve ricercare se nei rapporti fra il donatario e legittimario siavi questa convenzione, o questa legge.

Quanto alla convenzione essa è esclusa dall'ipotesi stessa (V. §. 5). Dunque la indagine si restringe alla legge. Domando dunque se la legge romana conferisca al donatario un diritto *da essa dichiarato irrevocabile* a non soffrire alla morte del donatore altra detrazione che quella del triente e del semisse, benchè prima della morte stessa sia sopravvenuta una legge che alterò la quantità della legittima? Non basta che la legge abbia preparata una facoltà, non basta ch'essa abbia autorizzato un acquisto, non basta che abbia semplicemente conferito un diritto qualunque; ma è necessario che essa lo abbia dichiarato *irrevocabile*. « S'ils ont « été stipulés *irrévocables* ou *declarés tels* par une loi exis« tante » (*b*).

Si risponde pertanto che la legge figurata non esiste.

(*a*) Parole del Principe Cambaceres nell'esporre la legislazione comune. V. pag. 91 di questo scritto.

(*b*) Se si volesse far valere illimitatamente la collazione semplice d'un diritto come irrevocabile, si violerebbero tutti i principj che servono all'applicazione delle leggi, e specialmente di quelle che versano sui *diritti civili*.

All' opposto la legge romana lungi dall'attribuire questo diritto al donatario, e di dichiararlo irrevocabile, com' era necessario, essa nella Novella 18 *concede semplicemente* ai padri di disporre a loro grado dei beni al di là del triente e del semisse; e nella Novella 92 volgendo il discorso ai padri donatori, ordina loro che abbiano cura di salvare ai figli la porzione che per legge toccar devé a questi alla morte dei donatori medesimi, e nulla più.

Dunque voi non potete citare legge veruna speciale, la quale o espressamente, o per equivalenza dichiari che i donatarj acquistano colla donazione *un jus irrevocabile* a non soffrire in futuro per alcun caso e specialmente per quello di una legge precedente alla morte del donatore una riduzione maggiore del triente o del semisse. Dunque voi mancate del primo e precipuo fondamento dell' eccezione di retroazione.

Non basta dire che voi acquistaste i beni da mio padre meno la legittima romana. Voi nella *riduzione*, che ha luogo nel caso della morte, dovete dimostrarmi che acquistaste un *diritto irrevocabile*, che questa legittima non fosse frattanto aumentata, nè potesse contro di voi prendere il luogo del triente e del semisse. La riduzione abbraccia necessariamente due tempi, cioè quello della donazione e quello della morte.

La riducibilità entrò anticipatamente nella donazione non coi rapporti isolati del momento della donazione, ma coi *rapporti complessivi* delle cose tutte verificabili prima della morte di mio padre; e prova ne sia la considerazione delle cause *posteriori* dalla sopravvenienza dei figli del cangiamento del patrimonio, della ingratitudine ec. Voi dunque dovete provarmi un jus irrevocabilmente conferitovi dalla legge antecedente capace ad escludere l' aumento *posteriore* verificabile per fatto del legislatore prima della morte di mio padre, ed allora proverete la vostra eccezione.

Ma quella legge non esiste: quella legge non può esistere, nè può esistere verun principio ricavato dai rapporti che passano fra la legittima e la donazione; sì perchè la legitti-

ma è di sua natura essenzialmente *successoria causa mortis*, e per legge alterabile prima della morte del donatore; e sì perchè la donazione serve alla legittima, e non la legittima serve alla donazione. Tutto esaminato, si trova che la riserva della legittima nella donazione si deve considerare come « un testamento o legato ordinato dal legislatore, e mutabile da lui solo prima della morte del donatore, inserito « nel contratto stesso di donazione, come *regolatore* di « quella quantità di beni che eventualmente alla morte del « donatore dovrà essere consegnata ai legittimarj, o rimanere in assoluta proprietà del donatario » (*a*).

Da tutto ciò è dunque manifesto che la novazione che fa la legge coll'aumentare la quantità della legittima prima della morte del donatore, non è di diritto ma di puro *fatto*.

§. 11. *Continuazione.*

Voi mi obbiettate che l'*aumento* posteriore della legittima non entrò nel vostro contratto nè per fatto dell'uomo, nè per fatto della legge. Dunque esso è *fuori* del contratto, e però quanto ad esso il vostro contratto fu puro, e quindi fu per questo titolo irrevocabile.

A ciò io vi rispondo. L'aumento posteriore della legittima non entrò nel vostro contratto per fatto espresso dell'uomo, ossia del donante, passi la proposizione. Non entrò per fatto della legge, suddistinguo: non vi entrò espressamente òssia come condizione espressamente già stabilita, concedo: non vi entrò virtualmente, ossia come condizione che il legislatore aveva diritto di introdurre prima della *morte del donatore*, e quindi come condizione eventuale fino da principio influente sul vostro contratto, lo nego. Voi mi dovete provare o che essa non vi potesse entrar più, o che prima della morte del donatore non potesse influir più

(*a*) La prova di questa proposizione si vedrà nel §. 36, e nella definizione della donazione fra vivi addotta da Giustiniano instit. lib II, tit. VII. Vedi la Nota VI.

sulle cose da voi acquistate per ciò solo che espressamente non vi *entrò* prima.

La *retroazione* non si può verificare che nei soli affari già consumati; e però dove si tratta d'un affare, in cui vi ha un'azione ed eccezione correspettiva, e in cui il diritto dell'uno regola il diritto dell'altro, come nel caso nostro (§. 9, 10), non si potrà mai dire che l'affare sia realmente ed effettivamente consumato, se non quando il diritto regolatore, che è quello del legittimario, è nato, e non *prima* che nascesse. Prima non era che una speranza, e una potenza condizionata, e non un diritto. Il diritto dunque del donatario che era subordinato a quello del legittimario, allora potè bensì essere ipoteticamente *regolato*, ma non potè essere consumato rispetto all'obbligo di supplire alla legittima. Alla morte del donatore esso si trovò *regolato*, quanto alla sola misura, dalla nuova legge, nè si potè consumare che colla nuova legge. Applicando dunque la nuova legge all'azione del legittimario sulle cose donate non si fa *retroagire* la legge, ma agire convenientemente.

« Retroagir c'est détruire par l'application d'une dispo-
« sition nouvelle ce qui est invariablement RÉGLÉ, et CON-
« SOMMÉ en vertu d'une loi antérieure. La loi du 17 Nivose,
« par exemple, étoit rétroactive en ce qu'elle enlévoit à des
« heritiers des biens dont les lois en vigneur lors de l'*ou-*
« *verture* de la succéssion leur avait transféré la propriété. »

« Mais établir pour l'avenir un ordre de choses nouveau
« ce n'est pas retroagir. Ainsi par exemple encore le Code
« Napoléon n'est pas retroactif dans les dispositions qui ap-
« portent quelque changement à la fixation de la légitime,
« qui abolissent des reserves *auparavant établies* en faveur
« des frères, qui permettent à un citoyen de disposer des
« biens sur les quels les lois antérieures donnaient des *droits*
« à sa famille. »

« Il en est de même du divorce. Il n'ote pas aux époux
« le droit irrévocablement acquis de démeurer dans le ma-
« riage, *mais un droit qu'ils ne pouvoient avoir* qui autant
« que la loi, qui seule a le pouvoir de régler la forme et les

« conditions du mariage, le *leur conserveroit*. En se mariant « ils ont du counoltre ce pouvoir de la loi et que rien n'é- « tait capable de les en garantir » (*a*).

Così dirò io. Il donatore donando, e il donatario ricevendo hanno dovuto conoscere il potere della legge di *accrescere la quantità della legittima* a pro dei figli prima della morte del donatore, non essendo questa cosa di *fatto privato*, o di privato diritto di proprietà, ma di autorità totalmente legislativa, e quindi che il diritto di detrazione sulle cose donate a loro, già stabilito dalla legge antecedente, esercibile dopo la morte del donatore, era suscettibile di aumento, senza che nulla potesse garantire il donatario da questa detrazione.

Qualunque sia l'opinione, che si adotti sul punto della riduzione delle donazioni, sarà sempre vero che l'influenza pratica della *legittima* sulla *donazione* per operare o non operare una detrazione, o per renderla maggiore o minore, dipende intieramente tanto dalla fortuna, quanto dalle disposizioni di una legge intermedia fra la donazione e la morte del donatore. Quanto alla fortuna, sotto il nome della quale comprendo la sopravvenienza d'un maggior numero di figli o le vicende del patrimonio, la cosa è fuori di dubbio. Quanto poi ad una legge intermedia, eccovi la prova.

Fingete una donazione così smoderata che se il donatore fosse morto, incontanente i legittimarj sarebbero stati enormemente lesi: ma che invece sopravvenga una legge che *diminuisce* la legittima, e la riduce alla metà del semisse, domando io se con questa legge intermedia si garantisce o no la donazione della riduzione, che avrebbe certamente avuto luogo se la legge non avesse nell'intervallo fra la donazione e la morte del padre variata la quantità della legittima? È chiaro che l'eccesso della donazione sarebbe stato garantito contro i legittimarj. Imperocchè se i legittimarj avessero domandato al donatario il semisse assegnato per legge al tempo della donazione, il donatario avrebbe

(*a*) Locré esprit du Code Napoléon à l'article 225.

certamente risposto loro: = quello che non potete pretendere dall'eredità di vostro padre, molto meno lo potete pretendere da me, perchè l'azione vostra contro di me non è che sussidiaria (§. 2 e 7). Ma così è che dall'eredità di vostro padre non potete pretendere mai l'intiero semisse, ma la metà sola, perchè questa sola vi fu stabilita dalla legge prima della morte di vostro padre: dunque da me non potete pretendere mai l'intiero semisse, ma la metà, e questa metà la potete pretendere in sussidio solamente nel caso che non la troviate nella stessa eredità.

Voi trovaste questa metà nell'eredità medesima: dunque non potete pretendere nulla da me. Non sarebbe stato così se la legge intermedia sulle successioni avesse conservata la stessa misura dell'antecedente. In questo caso l'azione sarebbe rimasta intiera ai legittimarj, ed avrebbe avuto luogo la riduzione. Ecco pertanto che anche la legge intermedia fra la donazione e la morte, determina la riducibilità, o la irreducibilità almeno nel caso dell'eguaglianza, o della minorazione della quota stabilita dalla legge vigente al tempo della donazione.

È dunque evidente che l'azione pratica della legittima sulla donazione (almeno per il pari e per il meno) dipende anche dalla disposizione della legge intermedia fra la donazione e la morte del donante.

Come mi proverete voi dunque, io ripiglio, che questa azione non si possa spiegare anche nel caso che questa legge intermedia accresca la quantità della legittima?

Ecco l'ultimo punto che vi prego di provare. Io vi dispenso dagli altri. Vi prego a non eludere la quistione battendo la campagna, o facendo uso d'una viziosa petizione di principio; ma a dimostrarmi la vostra risposta con un principio legale. Ricordatevi soprattutto che in fatto pratico vi ha sempre fra la donazione e la morte del donatore una pendenza per voi, ossia aspettar si deve la verificazione di qualcheduna delle *condizioni* da me rammentate, dalle quali ne può risultare la riduzione o non riduzione della vostra donazione, o a dir meglio, la detrazione o non detrazione

del patrimonio da' voi acquistato per supplire alla mia legittima.

In prevenzione io vi dichiaro di non riconoscere la vostra donazione, rispetto a me, come perfetta prima della morte di mio padre, ma come condizionata ed in sospeso fino alla morte medesima, e che fra le condizioni eventuali che la tengono in sospeso rispetto a me, pongo la sopravvenienza d' una legge intermedia, che può accrescere la quantità della legittima. Voi vedete in prevenzione che ricorreste invano all' effetto della legge del contratto, perchè in quella legge starebbe inchiusa anche questa condizione che fin da principio regolando *eventualmente* la quantità della mia legittima, regolerebbe in conseguenza anche la misura del vostro acquisto rispetto a me. Qui sarebbe dunque assurdo far giocare il vostro jus quesito, perchè sarebbe lo stesso che sostituire l' effetto alla causa. La libertà originaria della vostra proprietà rispetto al legittimario, non è antecedente, ma è conseguente e dipendente dalla soddisfazione delle ragioni del legittimario. Dunque fino da principio dovete escludere dalle condizioni, che si debbono anticipatamente contemplare, la sopravvenienza d' una legge intermedia fra la donazione e la morte del donatore.

Ma è certo che ciò non lo potrete mai eseguire in tutto, perchè consta che la legge posteriore alla donazione, e anteriore alla morte del donatore operante in *pari*, o in *meno* realmente determina l' azione della legittima sulla donazione: e però entra *anticipatamente nelle condizioni della legge del contratto*. Dovete dunque dimostrarmi come entrar non vi possa la legge che opera *in più* a favor mio.

Eccovi pertanto sciolto il quesito propostovi per *metà*, o per due casi cioè per il meno e per il pari. Eccovi dimostrato che la legge posteriore alla donazione può determinare senza difficoltà l' azione e l' obbligazione fra la legittima e la donazione, senzachè la *posteriorità* della legge alla donazione osti alla ragione legale. Posto ciò se la legge posteriore può *diminuire l' obbligo* del donatario verso il legittimario; talchè il diritto anteriore della donazione può

essere anche dopo la donazione suscettibile di legale aumento, e l'obbligo legale può essere suscettibile di decremento; e perchè per lo stesso mezzo della legge l'obbligo identico non potrà essere suscettibile di aumento, e il diritto di decremento?

§. 12. *Ultimo ed estremo termine della quistione.*

L'ultimo ed estremo termine della quistione si riduce a questo punto. Io v'invito dunque a provarmi tassativamente che « la legge posteriore alla donazione, ed anteriore alla « morte del donatore, benchè possa *diminuire* l'obbligo « del donatario verso il legittimario, ciò non ostante *non* « *possa aumentarlo.* »

Quando vogliate porre in campo il vostro jus quesito non dovete parlarmi d'un jus quesito in genere o verso il donatore, o verso altre persone, ma dovete parlarmi d'un vostro jus quesito *verso di mè* prima della morte del donante, e dovete parlare in relazione al solo fatto della legge, e farmi sentire la ragione precisa, per cui questa legge riguardante *la mia azione verso di voi*, e la vostra obbligazione verso di me possa, dopo la donazione, diminuire e l'una e l'altra, e non possa *accrescerla.* In una parola dovete dimostrarmi che il vostro jus quesito anticipatamente contro di me possa essere dopo la donazione aumentato per legge, e non diminuito. Qui il preteso vostro jus quesito voi non lo potete fondare che in una disposizione *diretta dalla legge*; talchè non pótete prima stabilire l'jus quesito, e poi far agire la legge; ma dovete far precedere la legge statuente l'jus quesito, e poi escludere l'effetto d'una legge posteriore.

Dal fin qui detto parmi provato che la vostra donazione rispetto a me non era che un affare *pendente in faccia alla legge.* Dunque la novazione della legge intermedia fra la donazione e la morte, fu di puro *fatto*, e non di *diritto*, cioè fu bensì verificato per fatto della legge un aumento di legittima, che prima non esisteva, ma nello stesso tempo

non fu offeso verun diritto *irrevocabilmente* acquistato dal donatario, verso *il legittimario*, perchè l'azione era ancor *pendente*. Per la qual cosa è dimostrato che non si fa *retroagire la legge* attuale domandando la riserva stabilita dal codice Napoleone, perchè si agisce in forza d'una legge *precedente* all'apertura della successione in una *materia*, la quale, e prima e dopo dipendeva dal solo impero della legge medesima, la quale non trovando l'affare praticamente consumato fra il donatario e il legittimario, potè operare in tutta la sua estensione senza offendere verun diritto irrevocabilmente acquistato.

Tolta di mezzo questa eccezione a me non resta più altra incombenza perchè l'esercizio del mio diritto non incontra più ostacolo, onde ottenere il supplemento domandato.

SEZIONE III.

REPLICA DEL DONATARIO.

---

§. 13. *Come rispetto al legittimario l'affare della donazione è regolato, e consumato sotto l'impero della legge romana.*

Il punto della disputa (replica il donatario) si concentrò sulla disposizione della *retroattività* da me opposta. Voi vi siete sforzato di toglier di mezzo questa mia eccezione.

Per ottener ciò voi avete tentato di provarmi che l'affare della legittima, rispetto alla donazione prima della morte del padre vostro, si potè bensì considerare come *regolato*, ma non come *invariabilmente consumato*; e però che l'azione vostra e l'obbligo mio furono nell'intervallo suscettibili della novazione di quantità praticata dal codice Napoleone.

La prova di questa vostra distinzione l'avete tratta dalla *natura* della legittima, cioè dall'essere cosa indotta per autorità della legge, e dal *tempo* in cui veramente si sviluppa

la sua azione che è il tempo della successione. Da ciò deduceste che prima che venga questo tempo non essendo consumata quest' azione essa è suscettibile almeno di quelle alterazioni che la legge vi può apportare.

Ma in primo luogo, io vi domando se il tempo in cui si esercita, o si consuma un' *azione* sia il tempo in cui nasce, e si consuma un diritto? L' azione suppone il *diritto* consumato, e non crea il diritto. L' azione non è causa, ma *conseguenza* del titolo, ossia del diritto. La pendenza dunque che può lasciare un' azione non ancora esercitata, e non ancora esercibile per un' aspettativa, della quale furono anticipatamente *regolate le condizioni*, non è di jus, ma di *puro fatto*.

L' ispezione dunque si concentra a indagare se questa pendenza potesse ammettere una *variazione* intermedia di diritto, ossia una novazione operativa di un diritto prima non esistente.

È indubitato che i rapporti fra la legittima e la donazione non inducono una vera condizione del contratto, ma solamente un carico eventuale verso *un terzo* stabilito dalla legge sì per la qualità, che *per la quantità*. Questo carico non è veramente condizione del contratto, ma una pura *riserva di legge*. Esso è un obbligo assoluto imposto come quello d' un' ipoteca, l' esercizio della quale può bensì esistere e non esistere; ma che però non altera nè la *natura*, nè la *quantità* dell' ipoteca medesima, e però nell' intervallo non può far accrescere nè diminuire il carico eventuale del donatario.

Se dunque nell' intervallo non può essere variata la natura e la quantità dell' ipoteca, ne viene che correspettivamente non potrà essere *variata* la natura e la *estensione* dell' obbligo correspettivo del donatario.

Ma perciò stesso che non può *essere variata* nè la natura, nè la misura dell' obbligo, ne viene di necessaria conseguenza che non potrà essere variata la misura di ciò che al donatario rimane di libero a fronte del legittimario. Dunque la rimanente quantità dei beni donati rimane *invariabilmente*

libera in mano del donatario, rispetto al legittimario medesimo, senzachè una tale quantità possa essere offesa dal legittimario, a meno che non voglia ledere l' jus irrevocabilmente quesito dal donatario ossia far retroagire la legge.

L' azione dunque della legittima sulla donazione considerata nel *suo titolo* è veramente *regolata* e *consumata* prima della morte del donatore, e coll'atto stesso della donazione assoggettato alla legge allora vigente. Essa dunque non può ammettere più alterazione intermedia di diritto, ma solamente una esecuzione di fatto.

§. 14. *Come il diritto della legittima sulla donazione sia regolato e consumato, anche rispetto alla legge del Codice Napoleone.*

Da quello che voi mi opponeste preveggo che voi mi obbietterete che il mio argomento vale contro il legittimario, il quale volesse, senza la scorta d'una legge, introdurre una *novazione intermedia* per accrescere la mia obbligazione; ma non vale contro l'autorità d'una nuova legge che sopravviene nell'intervallo fra la donazione e la successione. Ma io vi fo osservare che la mia ragione vale anche contro la legge per ciò solo che io presento un perfetto jus quesito contro del legittimario.

E per verità la legge, sotto l'impero della quale io accettai la donazione, non mi obbligava ad ogni pessimo evento a pagare dopo la morte del donatore altra quantità che quella del triente e del semisse. Dunque in faccia alla legge, e rispetto ai legittimarj *il di più* divenne mio, ed irrevocabilmente mio, come nel caso di una compra tutto ciò che non era soggetto ad una *anteriore* ipoteca diviene irrevocabilmente proprio del compratore. Dunque in forza del solo atto di donazione, regolato secondo la legge romana, io acquistai un perfetto ed irrevocabile jus quesito di non sottostare ad altra detrazione che a quella del triente e del semisse. Allorchè pertanto sopravvenne la nuova legge trovò in me già stabilito un perfetto ed irrevocabile jus quesito di

proprietà contro qualunque posteriore aumento di ipoteca, ossia contro una maggior detrazione posteriore; poichè con questa maggior detrazione posteriore fatta in favore del legittimario, mi si viene a togliere ciò che è divenuto *irrevocabilmente mio*. Io compro da Tizio un bene che valeva *dieci mila*. Sopra questo bene io era obbligato in un certo caso di pagare ad un terzo creditore mille Questo stesso terzo creditore acquista per un titolo posteriore contro Tizio venditore un aumento di credito per cinquecento: sarò io mai tenuto di pagare a questo terzo creditore i mille soli, o i mille e cinquecento?

La parità è perfetta. L'azione della legittima cade propriamente sul patrimonio del donatore. Essa non si esercita contro il donatario che in *sussidio*, cioè in mancanza della sostanza del donatore. Sia dunque pur vero che vostro padre prima di morire abbia contratto l'obbligo di una maggior legittima; egli è lo stesso come se avesse aumentato un suo debito dopo una vendita fatta. Ma l'aumento posteriore di questo debito può esso colpire beni che non erano più presso di lui, e che si trovavano irrevocabilmente distratti dal suo patrimonio? La legge ha potuto aumentare questo debito, ma sempre a suo carico. Ne viene forse la conseguenza che essa abbia voluto colpire il terzo possessore? Ecco ciò che provar mi dovevate.

Io per lo contrario vi dico che la nuova legge ricusando di retroagire dichiara di difendermi contro di voi, postochè trova i rapporti legali, ossia il titolo di diritto fra voi e me, già invariabilmente regolato e consumato.

§. 15. *Confutazione diretta della risposta del legittimario*.

Sia pur vero che la legge avesse la potenza di accrescere la legittima. E che perciò? Forse ne viene di conseguenza che avesse la potenza di farmi sottostare al pagamento di questo aumento? Egli è lo stesso che dire che la legge aveva la potenza di aggravare il venditore con una posteriore pro-

stazione verso un terzo. Ma ne viene forse che il compratore anteriore alla legge debba sottostare a questo *maggiore aggravio*, perchè prima era tenuto *all' aggravio minore*?

Sia pur anche vero che la donazione serva alla legittima; ma egli è vero del pari che vi serve con *quelle condizioni*, e con quella misura che fu stabilita dalla legge, e non con quella che potevasi *in progresso stabilire*. Quando dunque il donatario rispetta le une e le altre, egli non può essere aggravato ulteriormente.

Voi volete che l'aumento eventuale della legittima prima della morte del donatore, introdotto per fatto della legge, si debba ammettere come condizione *implicita anteriore al contratto*; e però che possa aver luogo contro di me come una condizione *implicita* dell' azione suppletoria che voi potevate esercitare. A ciò vi rispondo che la vostra asserzione è *gratuita*. Dall' altra parte poi io oppongo il diritto del contratto che non può riconoscere altro aggravio che quello che è già determinato, e non un aggravio che possibilmente si può in futuro stabilire. La donazione fra vivi è un *atto di proprietà operante* per se stesso, e in forza del diritto di padronanza che ognuno esercita sulle cose proprie. L'azione della legittima è *una deroga* che la legge introduce anticipatamente a favore dei figli, per cui fa retroagire la loro azione fino sugli atti di proprietà di un padre. In breve, il diritto della legittima è un *diritto di eccezione* al primo esercizio del diritto di proprietà, naturalmente competente al padrone di un patrimonio. Ora domando se ad un *diritto di eccezione*, *se ad una deroga* sia permesso di dare una interpretazione *estensiva*, una forza *implicita maggiore* di quella che a lei piacque al legislatore di espressamente fissare? Voi mi provocate a provare che *l' aumento* della legittima non potè entrare ad offendere la donazione per la ragione che non entrò espressamente nella legge del contratto. Credo ora d' avervi soddisfatto.

Con ciò è prevenuto il rimprovero che mi faceste di far anticipare l' azione della legittima per non lasciar luogo che alla detrazione del triente e del semisse, e di sottrarre

così dall'azione naturale della legge attuale un affare che è di sua giurisdizione per trasportarlo sotto l'azione d'una legge che non esiste più. Questa operazione non è mia, ma della legge, e con ciò io non fo che seguire l'andamento della legge; imperocchè la posizione del legislatore fu la seguente: *Prima* egli stabilì il diritto dei legittimarj, e considerò il tempo della morte del donatore. Fatto ciò, si trasportò colla mente in un tempo *anteriore*, e considerò il donatore in vita; e standogli a cuore che i legittimarj non fossero con un' operazione precedente defraudati della quota destinata loro in morte, egli stabilì che *colle liberalità* fatte in vita non venisse tolta o diminuita la loro quota, di modo che le liberalità tra vivi dovessero rimaner sempre soggette a riduzione, allorchè nella sostanza paterna i figli non trovassero la soddisfazione della quota medesima.

Con questa operazione che ha egli fatto il legislatore? Da una parte egli ha bensì limitato *anticipatamente* il diritto naturale di proprietà del donatore, e lo ha limitato ad una *data misura;* ma dall'altra parte lo ha lasciato in tutta la sua forza su tutto il patrimonio che *sopravanza alla quota* medesima: talchè sortendo esso dal suo dominio ne esce assolutamente libero, e quindi dopo che è passato in mano del donatario non è più suscettibile di ulteriore aggravio.

Se dunque sotto l'impero di quella legge fra vostro padre e me, intervenne una donazione, per cui io pretendo di *anticipare* l'effetto del mio diritto contro di voi, io altro non fo che seguire la legge stessa che vigeva al tempo del mio contratto, nè commetto alcuna violazione della ragion legale. Io fo uso del diritto di proprietà lasciato *illeso* dalla legge; e abbandono a voi tutta la quantità eccettuata, ossia *anticipatamente ipotecata a favor vostro* dal legislatore.

La ragion vostra potrebbe essere efficace contro un erede testamentario di vostro padre che non acquistò la sostanza per titolo irrevocabile, ma non contro un donatario. Sarebbe buona anche contro un donatario, quando la legge precedente avesse anticipatamente attribuito al legittimario il diritto di dedurre tanto la quota già stabilita, quanto quella che il

legislatore potesse stabilire nell' intervallo fra la donazione e la morte del donatore.

Ma questa attribuzione doveva essere espressa chiaramente, come deve essere espressa ogni eccezione, ed ogni deroga ad un diritto prevalente riconosciuto di proprietà.

La *conversione* pertanto della vecchia legittima nella nuova che voi tentaste, fu un vero giuoco fatto senza ragione, anzi contro ragione: quiudi l' argomento con cui asserite che il vostro diritto si realizza solamente dopo la morte del donatore, e che dietro la misura di questo diritto voi potete obbligarmi alla riduzione autorizzata dalla nuova legge, diventa propriamente un sofisma, perchè intrude tacitamente questa conversione della vecchia nella nuova legittima. Il vostro argomento vale quando conserva *la identità del soggetto*, ossia la identità del diritto a voi spettante per la legge del contratto, col diritto a voi spettante per la legge della successione: ma esso non vale più quando distruggete l' identità del soggetto logico, e sostituite una nuova quantità alla prima. Rispondo dunque. La legge del contratto a me diceva, che voi dovevate avere nella distribuzione della eredità la quota stabilita dalla legge, distinguo; la quota stabilita dalla legge stessa del contratto, ossia il triente o il semisse, concedo; un' altra quota maggiore che per avventura potesse essere stabilita prima della morte del donatore, nego. Io vi aspetto a piè fermo a provarmi concludentemente che la mia distinzione non sussiste.

§. 16. *Continuazione. Risposta all' ultima questione del legittimario.*

Passo ora all' ultima questione che mi avete proposta. Voi mi avete provocato a provare tassativamente che « la « legge posteriore alla donazione, ed anteriore alla morte « del donatore, benchè possa colla diminuzione della legit- « tima, eseguita prima della morte del donatore, diminuire « l' obbligo anteriore del donatario verso il legittimario, « ciò non ostante *non possa aumentarlo.*

Dopo le cose discusse fin qui la risposta è facile. L'obbligo anteriore del donatario verso il legittimario non era che puramente *accidentale*, e verificabile solamente dopo l'apertura della successione, e sussidiario all'obbligo della successione medesima. Prima della successione il legittimario non aveva verun jus quesito a veruna quota sul patrimonio del donatore, ma al più una mera speranza verificabile colla morte del donatore medesimo, e colla sopravvivenza al medesimo. La legge dunque, rispetto a lui, non incontrava verun diritto che potesse contrastare la diminuzione della quota stabilita dalla legge antecedente. La cosa non è così rispetto al donatario. La legge, rispetto a lui, incontra nel patrimonio acquistato, nel quale cader dovrebbe l'aumento, l'ostacolo dell'jus irrevocabilmente quesito colla donazione antecedente avvalorata dal titolo di proprietà privata. Essa incontrò l'effetto di un contratto di una forza irresistibile e perentoria, e per conseguenza non può sottoporre il donatario ad un aumento di obbligo se non offendendo questo jus quesito. Ora essa non solamente ricusa di offenderlo, ma professa anzi di difenderlo colla dichiarazione della non retroattività. Dunque essa può bensì diminuire il carico del donatario verso il legittimario, ma non può accrescerlo.

Ecco la risposta mia. Ecco la prova della differenza. Tutto parte da un principio identico, tutto è appoggiato all'unico fondamento della forza del diritto di proprietà, e del rispetto che la legge nuova professa per questo diritto.

La mia *eccezione* pertanto sta ferma, e voi siete ancor da capo.

SEZIONE IV.

SECONDA RISPOSTA DEL LEGITTIMARIO.

§. 17. *Prime osservazioni sulla Novella 92.*

Io sono ancor da capo per provarvi che tutta la vostra replica non sussiste, perchè non sussiste il suo massimo fondamento.

Voi asserite francamente che la legge vigente al tempo della donazione non vi obbligava a sottostare alla morte del donatore *a verun' altra detrazione* a favore del legittimario che a quella del *triente* e del *semisse*, e ciò perchè la legge romana non dava allora al legittimario altro diritto che quello del triente e del semisse. Ma siete voi sicuro che questa proposizione vostra sia vera e dimostrata?

Io concedo in fatto che l' ultimo diritto romano vigente aveva assegnato ai legittimarj la quota del triente e del semisse; ma egli è però vero nello stesso tempo che quando ha statuito sulle donazioni in favore dei legittimarj, ha espressamente disposto, *che al tempo della morte del donatore* i figli debbano avere ciò che viene loro *attribuito dalla legge*. Posto ciò, voi dovevate dimostrare che la legge sotto nome di legittima abbia assolutamente e perpetuamente legata l' idea della sola quota vigente al tempo della donazione, dimodochè anche nel caso che la legge abbia prima della morte del donatore alterata la quantità della stessa legittima, il donatario non debba prestare che il triente, ed il semisse, ossia in altri termini che la legge regolatrice degli obblighi dei donatarj verso i legittimarj, cioè la Novella 92 abbia assolutamente e perpetuamente *stabilito che il carico del donatario* debba così essere alla morte del donatore ristretto al triente ed al semisse, che non si debba valutare nè punto,

nè poco la variazione di quantità che la legge potesse praticare prima della morte del donatore.

Ma la legge del triente o del semisse, ossia la legge della legittima si deve forse qui confondere colla legge della *riduzione?* La prima riguarda un atto semplice ed isolato che si eseguisce in un *solo tempo*, cioè o un testamento, o un atto di successione. La legge all' opposto della riduzione comprende due tempi, cioè quello della donazione e quello della successione effettiva. E se al tempo del testamento aggregate quello della effettiva successione dovete recedere dall'immutabilità della *legge*, perchè siete costretto ad ammettere la nuova legge che intervenne fra la celebrazione del testamento, e la morte del testatore.

Considerando dunque la natura, anzi l' essenza *successoria* della legittima, siete costretto per la stessa ragione a recedere dalla *immutabilità* della legge, ossia della immutabilità della misura della legittima stessa prima del tempo della riduzione. Dunque al tempo del contratto di donazione siete costretto a riconoscere la *variabilità essenziale* della legittima per solo fatto del legislatore, e quindi non potete fino dapprincipio, ossia fino dal momento della donazione prescindere da' suoi effetti; postochè fin dapprincipio dovete soffrire la sua influenza. Tale è il senso della Novella 92.

La quistione come vedete è di *puro fatto*, e d' interpretazione legale. Dalla soluzione chiara e dimostrativa di questa quistione dipende *tutto il sostegno* della vostra *eccezione di retroattività*. Ora come dimostrate voi che la Novella 92 abbia esclusivamente limitato il carico dei donatarj verso i legittimarj alla sola *prestazione del triente* e *del semisse?*

Leggendo la detta Novella noi troviamo che la misura della detrazione, che sulle cose donate si fa a favore dei legittimarj viene determinata dietro la misura della quota che i figli possono all' apertura della successione pretendere sul patrimonio del padre loro. Se dunque si cerca *quanto il donatario dee prestare* alla morte del donatore, si risponde, *quanto i figli possono per legge domandare* alla morte del padre loro. Voi dunque dovete provare che la Novella 92

stabilisca che al tempo della morte del donatore non possano i figli domandare al donatario altra quota che quella che era *vigente al tempo della donazione*: o almeno che il donatario non debba prestare altra quota che quella del triente, o del semisse.

Non basta il dire che la legittima vigente al tempo della donazione era quella del triente, o del semisse per dedurne in una maniera esclusiva che il donatario non debba alla morte sottostare alla variazione della legge intermedia; fa d' uopo provare che la Novella 92 abbia escluso l' effetto di questa legge intermedia.

Per quanto vi sforziate di separare il tempo e l'atto della donazione dal tempo e dall' atto della successione, sarà sempre vero che l' effetto anticipato della legge sul contratto di donazione è totalmente determinato e commensurato dall' assoluta, e predominante intenzione che i figli non vengano *nella distribuzione dell' eredità* defraudati della legale successione, ossia della quantità loro assegnata dalla legge nella successione dei padri loro.

Voi non vi potrete mai svincolare da questo nodo. Esso è tale che determina il senso positivo della legge che presiede al contratto di donazione.

Dunque dovevate dimostrarmi che il legislatore abbia disposto in modo che ad onta *di una variazione intermedia della legge*, non abbia voluto mai che il donatario sottostia ad altra domanda di legittima che a *quella sola*, che era vigente al tempo della donazione.

§. 18. *Interpretazione della Novella 92.*

Ora come potete voi provarmi che la Novella 92 abbia, anche nel caso d' una variazione legale nella quantità della legittima preceduta alla morte del testatore, inabilitati i legittimarj a domandare la maggior quota stabilita, e costretti ad attenersi al triente, ed al semisse?

Ho già avvertito che la porzione che si può detrarre dalle donazioni a favore degli eredi necessarj non viene disegnata

dalla Novella 92 colla tassativa denominazione di triente, o di semisse, ma colle seguenti, cioè:

Quod legitimum est
Ex lege partem
Quod ex legibus debetur
Quod haereditas defert.

Ora qual è il senso di queste denominazioni? Si può egli dire che rispetto al legislatore il senso di queste locuzioni siasi ristretto alla disposizione *passata*, che non possa abbracciare anche un'altra misura che prima della morte del donatore fosse piaciuto al legislatore stesso di stabilire?

Presentiamo le ricerche nel loro ordine naturale. Qual è il senso tanto generale, quanto speciale che secondo il diritto romano conviene annettere a queste locuzioni?

Questo senso è forse ristretto alla sola disposizione letterale della legge, ovvero abbraccia anche ogni disposizione *interpretativa* dedotta dalla mente, o dai motivi della legge medesima?

Per me risponderà il celebre Brissonio coll' appoggio delle leggi da lui allegate — *Lex est quae scripto sancit quod vult, aut jubendo aut vetando* —.

Hinc legitimum *quod lege aliqua vel Senatus consulto introductum, institutum, confirmatum, comprobatum est. Ita legitimas conventiones pacta.*

Paulus defin. in l. 6 C. ff. de pactis.

Ita legitimum *jus quod ex lege descendit quale est jus agnationis....*

Et quodcumque aliud jus *quod ex legibus proficiscitur legitimum vocatur.* (*a*)

E qui passando alla denominazione propria della legittima presa come parte d' una successione deferita dalla legge indica precisamente esser quella che — *Sive ex lege falcidia, SIVE QUA ALIA, sive ex constitutionibus Principum definita.*

(*a*) De verborum signific. lib. 10 verbo lex.

§. *Sed haec ita instit. de inoff. test.*

L. 9 *Cod. de impuber. et al. substitut.*

L. 8, *l.* 31, *l.* 34 *Cod. de inoff.*

L. 2 *Cod. de inoff. donat.*

Sic et portio patronis ex lege Papia debita legitima appellatur.

L. 19 *Cod. de bon. libert.*

L. 1 *Cod. si in fraud. patroni.*

L. 1 *de bonor. possessione contr. tab. libert.* (*a*)

Legitima quantitas *quae legibus constitutionibus definita ac praescripta est.*

L. 25 *Cod. de donat. inter virum et uxorem.*

L. 34 *Cod. de donat.*

Da tutti questi passi consta che sotto alle denominazioni generali usate nella Novella 92 si abbraccia *ogni misura* che la legge stabilisce senza differenza di tempo e di quantità. E però la interpretazione restrittiva che voi volete dare alla Novella 92 è per lo meno arbitraria, e destituita di fondamento. La legge non distingue tempo alcuno, *et ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

Dall' osservar poi che la legge abbraccia sotto queste denominazioni diverse misure, e ogni specie di leggi senza differenza di tempi e di quantità, e coll' indicare piuttosto l' autorità donde le cose emanano che la loro speciale disposizione, noi siamo forzati a riconoscere che la vera mente della Novella 92 sia d' indicare qualunque quota che il legislatore stabilisce per la *distribuzione dell' eredità*, ossia di quella che vige all' atto dell' apertura della successione. Difatti non dice *quod tempore donationis legitimum fuit, aut legibus debebatur*; ma *in distributione haereditatis quod legitimum est. Quod legibus debetur, quod haereditas defert.* Quest' ultima frase basta da se sola a troncare ogni disputa. Difatti qui non si contempla l' eredità per il solo fatto, ma bensì come attribuente un diritto. Essa propriamente esprime *quod ex lege haereditas defert.* Ora l' eredità non attri-

(*a*) Brissonius loco cit. pag. mihi 318.

buisce diritto ad alcuno, che in forza della legge vigente all'apertura della successione: dunque Giustiniano ha espressamente assoggettate le donazioni alla detrazione voluta dalla legge vigente al tempo della successione senza distinguere, o eccettuare il caso della differenza di quantità indotta da una legge intermedia. Egli ha stabilito il principio generale, e ciò basta per me.

Procediamo oltre. Io ho domandato se sotto alla parola di cosa legittima si debba intendere solamente ciò che viene espressamente definito dalla legge, od anche ciò che si può dedurre per *interpretazione*. La risposta è già prevenuta.

Et quodcumque aliud jus quod ex legibus proficiscitur legitimum est.

Ex legibus enim est (dice Ulpiano) *tam quod ex verbis, quam quod ex sententia, et mente legum proficiscitur.*

L. 6 §. 1 *ff. de verbor. signific.* (*a*)

§. 19. *Continuazione.*

Basta dunque che Giustiniano siasi espresso in una maniera generale, perchè sotto il suo concetto si comprenda anche l'aumento della legittima fatto da una legge posteriore, purchè sia stata pubblicata prima della morte del donatore. Ogni eccezione avrebbe eccitato un assurdo conflitto, mentre egli avrebbe stabilito che la misura della legittima si dee determinare dalla legge vigente al tempo della morte, e quella della riduzione dal tempo della donazione; quasichè la legittima dovesse avere due misure, e non una sola.

Questa prima ragione viepiù si conferma considerando che secondo il diritto romano la legge posteriore del Codice Napoleone sui legittimarj, e i donatarj si dee considerare come puramente *continuativa*, e quindi come formante un solo e stesso contesto colla romana, e ciò perchè fra la prima legittima, e la seconda non vi è altra differenza che nella quantità, e la legge della riduzione non la esclude.

(*a*) Brisson. loc. cit.

Non ci facciamo illusione. Il legislatore è sempre un solo e come persona legale, o morale non muore mai, come non muore mai nè la società, nè l'impero della legge, sebben vario nelle sue ordinazioni.

Affine di provare il mio assunto piacciavi di ricordare le seguenti leggi coll' annotazione del celebre Pothier.

Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. (*a*)

Ideo quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est. (*b*)

Sed et posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint, idque multis argumentis probatur. (*c*)

Quum posteriores leges prorsus contrariae *sunt prioribus per eas abrogantur. Secus quum magis* quid diversum *quam contrarium praecipiunt: hoc enim casu per eas non abrogantur priores, sed potius ad eas trahuntur id est cum eis commiscentur.* (*d*)

Queste regole appartengono propriamente all' interpretazione legale, e si debbono come le sole regolatrici *osservare in tutte le questioni di diritto transitorio.* Ora se fra la romana e l'italica legittima non v' ha altra variazione che quella della *quantità*, e se il senso grammaticale e legale della Novella 92 non esclude l'operazione del nuovo legislatore, con quanta ragione adunque dobbiamo conchiudere che secondo la mente della legge romana la legge del Codice Napoleone si dee considerare come *continuativa* della Novella 92?

(*a*) L. 25 ff. de legibus Senatusque Cons. Paulus lib. 4 quaest.

(*b*) 27. Ibid. Tertul. lib. 1 quaest.

(*c*) L. 28 ibid.

(*d*) Pothier ad Pandect. Justin. lib. 1 tit. III. art. IV. n. XIII.

§. 20. *Conferma , e conseguenze della interpretazione della Novella* 92.

Questa conchiusione si rende irrefragabile dalle seguenti considerazioni.

Posto anche per falsa ipotesi che la locuzione della Novella 92 fosse ambigua per la sua stessa generalità , e fosse suscettibile del senso ristretto che voi supponete , sarebbe però certo che essa ammette per se sola anche il senso che io gli attribuisco. Ora nel supposto dubbio come si procede ? A me veramente bastar dovrebbe di aver resa dubbia la disposizione su cui vi fondate per rendere senza efficacia la vostra eccezione , e dirvi *non probasti*. Ma io voglio far di più , voglio escludere il dubbio in favor vostro , e far prevalere la mia interpretazione.

È certo che se il testo isolato presentasse un senso amfibologico converrebbe ricorrere a qualche argomento legale , il quale potesse determinare piuttosto l' uno che l' altro dei due sensi. Ora la prima regola si è che il senso attribuito non presenti o una contradizione , o una incoerenza legislativa.

Ora quali sono le conseguenze del senso che voi volete dare alla Novella 92 ? È evidente che applicandola a modo vostro al caso controverso voi stabilite per la cosa stessa *due norme* , e due misure. Imperocchè voi non regolate più la domanda della *riduzione* dietro la domanda della legittima competente a me nè colla norma e misura della stessa , nè avuto riguardo all' unico tempo prescritto per la medesima, ma bensì regolate la domanda della mia *legittima* colla legge della successione vigente al tempo della morte di mio padre (V. §§. 1 e 2) , e la domanda della *riduzione* colla legge vigente al tempo della donazione — *Esse donazioni* (voi dite) *non sono riducibili che A TERMINI DELLE LEGGI ANTERIORI*. (*a*) — Posto dunque questo principio voi non

(*a*) Decisioni nelle cause Morando e Melotti pag. 81, 82.

fate più dire a Giustiniano quello che dice realmente, cioè che i figli abbiano nella distribuzione dell' eredità ciò che loro la legge stabilisce, e ciò che il diritto ereditario loro attribuisce *alla morte* del padre loro; ma bensì che abbiano solamente quello che la legge loro per avventura *ATTRIBUIVA al tempo della donazione.* Di più fate dire a Giustiniano che il calcolo estimativo del patrimonio non si dee più fare, avuto riguardo ai rapporti legali, ed effettivi della successione esistenti nel loro vero tempo, cioè alla morte del padre donatore, ma avuto riguardo a leggi che non esistono più ad un tempo, in cui i rapporti col legittimario non potevano esistere, ad un tempo in cui la loro stessa speranza era dichiarata prematura. La riduzione è un'operazione *complessiva* che presuppone la collazione, e la collazione presuppone l' azione della legittima, ed anzi si fa per l' interesse della legittima (Nota VII). Ora se egli è vero secondo il diritto romano che *praematura est spes collationis cum adhuc vivat is cujus de bonis quarta debetur* (*a*), come potete voi pretendere che Giustiniano faccia eseguire questa collazione colle norme delle sole leggi vigenti *prima della morte del donatore?*

È dunque manifesto che voi colla vostra interpretazione rovesciate tutti i principj, e tutte le intenzioni spiegate da Giustiniano, per fare unicamente prevalere il vostro interesse, senzachè troviate in verun luogo un sol testo che vi autorizzi a praticare tutte queste illegali operazioni.

Io all' opposto spiego, ed applico la Novella 92 giusta l' ampiezza naturale del suo senso e senza urtare verun altro principio legale su di questo punto; perchè nella *distribuzione dell' eredità* fo pervenire ai figli ciò che loro *l'eredità stessa deferisce*; perchè loro attribuisco ciò che loro è *dovuto per legge*, come dice Giustiniano, mentre riconoscer non si può come legge se non la volontà attuale e vigente del legislatore. Dipiù io son sicuro d' incontrare l'aggradimento di Giustiniano, perchè a lui presento nella legge

(*a*) L. 1 §. 21 ff. de collat. bon.

del Codice Napoleone ciò che egli espressamente raccomandò in favore dei figli, per i quali volle sempre il maggior vantaggio, e la loro maggiore eguaglianza, ed abborrì ogni straniera liberalità che tendesse a farli poveri = *Si enim* (egli dice) intestatis eis (cioè i padri) *mortuis lex omnes* (*filios*) ex aequo vocat, *competens est eos* (*patres*) *imitantes legem non vehementer magis eos* abbreviare minutionibus *erubescentes legem. Sic enim erunt boni patres, et nostra digni legislatione. Et justi quidem erunt solum legem custodientes. Si quid autem etiam* supra legem *relinquerint justi simul et humani patres.* (*a*)

Interpretando dunque la *mente* del legislatore dietro le *affezioni* da lui spiegate (*b*), e ponendo a conflitto l'interesse dei legittimarj e dei donatarj non si può dubitare che egli abbia mai avuta l'intenzione d'inceppare l'azione d'una legge posteriore favorevole ai figli, ed escluderla dall'agire nella riduzione da lui ordinata delle donazioni, e quindi stabilirla come una naturale condizione di ogni donazione futura.

Risultà adunque sì dalla lettera che dall'animo del legislatore, che la mia interpretazione è retta e giustificata. Ciò non è tutto. Risulta che la vostra è contraria alle *affezioni* del legislatore, ed alla norma da lui stabilita nell'eseguire la riduzione suddetta.

Posta dunque anche per falsa ipotesi l'ambiguità della Novella suddetta, si dovrebbe abbracciare il senso, e l'applicazione mia; perchè Giustiniano stesso mi dice = *In ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio quae* vitio caret; *praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit.* (*c*)

Nè contro questa interpretazione voi potreste venire colle piccole e separate teorie dell'alienazione irrevocabile, e dell'jus anteriormente quesito contro di me; perchè dovete

(*a*) Novella 22 cap. 48.
(*b*) Questo modo è legale. Vedi la nota in fine.
(*c*) L. 19 ff. de legibus Celsus lib. 33 ff

figurare la mente della legge *anteriore alla vostra donazione*.

Fingiamo dunque che un padre nel mese di Novembre 1805 siasi portato presso un giuresconsulto, e gli abbia fatto il seguente discorso = Io so che il Codice Napoleone « va ad essere posto in attività fra due mesi, e questa « scienza mi risulta nel modo più solenne, perchè leggo « nel terzo Statuto Costituzionale i seguenti articoli = « *Non vi sarà che un solo Codice Civile per tutto il Re-* « *gno d'Italia. Il Codice Napoleone sarà messo in atti-* « *vità, ed avrà forza di legge a datare dal primo Gen-* « *najo prossimo* (*a*) = Ho letto questo Codice ed ho ve- « duto che egli pareggia le femmine ai maschi, nè fra i « maschi lascia più fedecommessi particolari. A me sta « a cuore che la mia sostanza stia più che si può nell'agna- « zione. Vorrei fare una donazione fra vivi al mio figlio « maggiore. Veggo che debbo regolarla a' termini del diritto « romano. Potete voi assicurarmi che morendo io dopo l'at- « tivazione del Codice Napoleone, nel caso che per qualun- « que motivo si dovesse fare una riduzione, mio figlio a cui « sono per donare sia al coperto da qualunque riduzione « *della quota disponibile* stabilita dal Codice stesso Na- « poleone?

Che cosa doveva rispondere quel giureconsulto? La legge della *riduzione* delle donazioni in oggi vigente è propriamente la Novella 92, ma voi vi trasportate col pensiero al tempo della vostra morte sotto l'impero del Codice Napoleone. Dunque dobbiamo vedere se adesso per allora la detta Novella garantisca il vostro figlio maggiore, a cui divisate di donare fra vivi *contro la riduzione* stabilita dal Codice Napoleone. È vero che il detto Codice non è in oggi attivato; ma non è men vero che la detta Novella che vi parla in oggi vi dice che alla vostra morte i figli vostri dovranno avere ciò che loro sarà dovuto per legge, ossia la porzione che non come eredi dell'uomo, ossia vostri, ma come *eredi della legge* hanno diritto di ottenere. Nel

(*a*) Terzo Statuto Costituzionale art. 55. 56.

momento dunque presente in cui vi parla il legislatore (che è sempre uno, e che è anche lo stesso che proclamò anticipatamente il Codice Napoleone) vi parla di un tempo futuro, in cui voi non sarete più. È indubitato che questo legislatore come altre volte variò la legittima può anche in oggi variarla senza che alcuno possa a lui impedirglielo.

Questa variazione può nascere dopo la donazione e prima che giunga il momento della vostra morte. Nel dirvi dunque oggi che dovranno i vostri figli avere nella vostra eredità e in difetto sulle cose donate, ciò che loro vien fissato dalla legge, vi dice espressamente che dovranno avere la quota che essi troveranno stabilita al momento della vostra morte, e la potranno ripetere dalla sostanza da voi lasciata, o da quella che avreste distratta per mezzo di donazione fra vivi. Il linguaggio semplice diretto e naturale del legislatore che vi parla in oggi è questo: Accade egli che voi manchiate di vita prima del primo Gennajo? I vostri figli non dedurranno che il triente o il semisse. Accade forse che voi manchiate dopo? Essi dedurranno la quota del Codice Napoleone. E ciò perchè tanto l'una, quanto l'altra quantità è quella che il legislatore stabilì prima della morte vostra. Questo è il tenore naturale della legge che in oggi può dar norma al vostro contratto.

Il vostro figlio adunque, a cui divisate di far donazione, riceverà i vostri beni con questa legge, e con questa condizione, senza che possa opporre cosa alcuna all'azione degli altri suoi fratelli e sorelle; perchè il debito della riduzione non lo contrae per il *presente*, ma per il *futuro*, e siccome di sua *essenza* può essere variato, perchè dipende dal fatto di un terzo, cioè del legislatore, così non può per una *liquidazione definitiva*, ed invariabile costituire un invariabile correspettivo diritto nel *futuro donatario*. Niuno dunque può in oggi garantire nè a voi, nè a vostro figlio la esenzione della legge del Codice Napoleone se non la morte vostra, prima che egli sia posto in attività.

§. 21. *Confutazione diretta della replica del donatario.*

Premesse queste considerazioni, eccomi a rispondere alla vostra replica.

Io vi accordo in primo luogo che il titolo della mia azione doveva essere preparato prima che la esercitassi contro di voi; e però doveva essere preparato prima della morte di mio padre, e se volete anche fino al tempo della donazione che mio padre fece a voi; ma nello stesso tempo vi nego che il vostro diritto contro di me fosse invariabilmente regolato, e consumato coll' atto della donazione da voi invocato, sì perchè suppouete che la Novella 92 non vi imponesse assolutamente alla morte di mio padre, altra detrazione che quella del triente e del semisse, e sì perchè voi confondete la ipotetica considerazione delle condizioni contemplate dal legislatore, e l' anticipato effetto che egli loro attribuisce *coll' effettiva verificazione* di una, piuttosto che di un' altra delle medesime. Tutte difatti non si possono verificare contemporaneamente; ma l' esistenza dell' una esclude e rende impossibile l' esistenza dell' altra. Così la sopravvenienza dei figli esclude la mancanza: l' eccesso della donazione esclude la giusta misura: la sufficienza del patrimonio esclude la deficienza ec.

Quanto al primo supposto da voi fatto intorno la mente della Novella 92, egli è per lo meno gratuito, per non dire falso, e legalmente assurdo, come vi ho dimostrato poco fa. Quanto poi alla confusione di cui vi accuso, ella è manifesta. Imperocchè altro è dire che una legge abbia ipoteticamente contemplati diversi casi, e ne abbia regolati gli effetti di diritto, ed altro è dire che questi casi non siano in se stessi vere *condizioni*. Ora, affinchè un affare sia invariabilmente regolato e consumato, non basta che sia stato considerato nel Codice, e stia ancora fra i possibili, ma è necessario che abbia una effettiva, e reale esistenza, e che questa esistenza si verifichi piuttosto in una che in un' altra forma, dimo-

dochè l' evento renda reale piuttosto l' una che l' altra condizione.

Ora al tempo della donazione le ragioni fra il legittimario, e il donatario sono forse rese reali? Se ancora il donatore è vivo, se incerto è il giorno della sua morte, se lo stato del suo patrimonio può subire delle vicende; è troppo manifesto che ciò che spetta alle ragioni fra il legittimario, e il donatario non ha altra esistenza che quella dell' *ipotetica* considerazione della legge. Esso non ha ancor ricevuto il pieno, e regolare suo compimento, nè subìta la sorte definitiva degli eventi che possono prima della morte del donatore influire nella donazione. Prescindendo adunque dalla quistione quale sia la norma con cui si regolano le azioni fra il donatario, e il legittimario, e se tali azioni siano o no irrevocabilmente regolate prima della morte del donatore; sarà sempre vero in fatto, che le loro ragioni reciproche durante la vita del donatore sono tenute in sospeso, perchè dipendono da eventi contemplati dal legislatore medesimo.

E per verità la rivocazione, o non rivocazione della donazione per sopravvenienza dei figli, la facoltà del legittimario di agire, o non agire contro del donatario, di domandare o non domandare allo stesso o tutta, o parte della legittima, non dipende forse da *condizioni* positive di puro fatto che si possono solamente effettuare, e valutare al tempo della morte del donatore? (V. §. 11) Tutte queste condizioni non riguardano forse direttamente l' interesse dei legittimarj medesimi? Dunque ne viene che *prima* della morte del donatore non si può veramente presentare al legislatore verun *diritto quesito* dipendente da fatti avvenuti fra il donatario, e il legittimario, ma altro propriamente non si può presentargli che la sua stessa legge, cioè la *sua stessa volontà*.

Ora chi oserebbe mai sostenere che un affare, il quale comunque *ipoteticamente* regolato da una legge anteriore non si trova però difatti ancora effettuato, ma sotto condizione, possa opporre un valido ostacolo all' impero assoluto d' una legge che statuisce sopra del medesimo?

Prescindiamo ora dall' autorità naturale del diritto di proprietà privata che si vuole far agire in compagnia della legge; non è egli forse vero che voi contro di me derivate il preteso vostro jus quesito anteriore alla morte del donatore *dal fatto solo della legge?*

Ma altro è dire, che la legge contempli ipoteticamente le diverse *condizioni* eventuali, a cui può la donazione andar soggetta verso il legittimario, e ne determini gli effetti di diritto; ed altro è dire che tali cose non siano in se stesse vere *condizioni*, e non tengano frattanto in sospeso le ragioni fra il legittimario, e il donatario. Altro è dire che una legge abbia stabilito i pesi, e le misure per vendere dei commestibili, e il rispettivo prezzo secondo i diversi tempi, e le multe contro i contravventori, ed altro è dire che sia venuto il caso della vendita, o di applicare questa multa.

Conditio appellatur eventus, a cujus futura, et incerta *existentia pendere obligationem, aut ultimam voluntatem* coutrahentibus, *testatorive placuit.* (a)

Incerta autem videtur, et si certum sit rem eventuram modo saltem incertum sit quando, *et an vivo eo cui quid relinquitur eventura sit.* (b)

Dies incertus conditionem facit . . . . *Dies incertus est non solum quum incertum est an sit exstiturus, sed et quum certo quidem existet, sed* quando *existet, et an vivo legatario exstiturus est incertum est.* (c)

Ora qualunque sia la misura della legittima consta all' evidenza:

1.° Che dalla sopravvivenza del legittimario al donatore dipende in primo luogo che il donatario possa soffrire o no molestia dal legittimario.

2.° Posta tale sopravvivenza, dipende dalla quantità del patrimonio lasciato e dal numero maggiore, o minore de' figli che il donatario possa essere molestato o no, e sottostare ad una maggiore, o minore detrazione.

Ciò posto la sopravvivenza, o non sopravvivenza; l' au-

(a) Pothier Paudect. de verb. significat. art. 41.
(b) Id. Pandect. lib. 35 tit. 1 part. II. cap. 1 sect. I. n. XV.
(c) Ibid. part. I art. 1 §. 1.

mento , o decremento d'un patrimonio , o del numero de' figli sono o no altrettanti eventi d'incerta esistenza ? Esse dunque sono condizioni belle e buone. Ma se dall' altra parte egli è vero che = *Donationes conditione vel tempore suspenduntur* (*a*) , sarà pur vero che le ragioni fra il donatario e il legittimario , che possono influire nella misura della donazione, rimarranno in sospeso fino al momento della morte del donatore.

Prima dunque di detto tempo non si potrà dire che l' affare sia difatti invariabilmente nè regolato , nè consumato ; ma posto anche l' impero della stessa legge, altro non sarebbe che *ipoteticamente* regolato dalla legge pel futuro , secondo i diversi eventi contingibili.

Far parlare la legge che tiene gli occhi sul futuro , e parla del futuro , cioè del tempo della successione ereditaria, come se a nome dei legittimarj transigesse irrevocabilmente col donatario nel momento della donazione , egli è lo stesso che far dire alla legge : io rinunzio al mio impero in grazia d' un padre che vuole spogliare i suoi figli d' una parte della sostanza a cui per mio benefizio potevano aspirare alla morte sua.

Ma non deviamo dal filo della discussione. È indubitato che colla donazione sola non viene prima della morte del donatore nè irrevocabilmente regolato , e molto meno consumato l' affare fra il donatore , e il legittimario.

§. 22. *Continuazione della confutazione.*

Tolti di mezzo i due supposti fondamentali , cioè che la legge del contratto non vi obblighi all' epoca della morte di mio padre a sottostare ad altra detrazione che a quella del triente e del semisse , e che l' affare della riduzione fosse fra voi e me invariabilmente regolato e consumato prima della morte di mio padre , le altre vostre ragioni cadono da se stesse.

So che avete voluto prevenire la mia interpretazione col

(*a*) Gothofredus ad l. 25 Cod. de donat. n. 40.

dirmi che il diritto di riduzione delle donazioni alla quota disponibile fatto in grazia della legittima è un diritto di eccezione derogatorio al diritto di proprietà: ma questo obbietto è nullo; imperocchè dato anche per falsa ipotesi che positivamente sussistesse il vostro principio, ciò non ostante nel caso nostro sarebbe inconcludente, perchè voi dovete sempre concedere che l'eccezione o la deroga stabilita dalla legge si dee ammettere in tutta l'*estensione*, e sotto tutti i *rapporti* fissati dalla legge medesima. Se dunque esaminando la volontà del legislatore consta di fatto che al diritto di deduzione egli diede la forza e l'estensione che io vi ho dimostrato, il vostro argomento cade da se medesimo; poichè contro un positivo atto di volontà che consta di fatto, ed è confermato colle regole della critica legale non vale una eccezione di pura convenienza.

Resta dunque che tutti i vostri argomenti esclusivi del *maggiore* aggravio da cui volevate sottrarvi in forza del contratto di donazione si ritorcono contro di voi; perchè consta che la legge fin dapprincipio ne fece passare in voi l'obbligo eventuale col contratto stesso di donazione. Quest'obbligo si rese reale colla pubblicazione della legge precedente alla morte del donatore, che al pari delle altre condizioni fu contemplata dalla legge stessa del contratto che voi invocate.

Non potete dunque più fabbricare coll'ajuto del preteso vostro diritto di proprietà un jus quesito contro la sopravvenienza di questa legge eventuale; poichè questo jus quesito era essenzialmente appoggiato al supposto dell'*assoluta esclusione* di questa legge intermedia; esclusione malamente supposta nell'intenzione della Novella 92, sotto l'impero della quale voi contraeste.

Con ciò viene restituita alla legge la sua nativa unità, ed equità cui volevate toglierle; poichè volevate fare agire la legge posteriore alla donazione solamente per favorire voi stesso, ma non mai per aggravarvi; quasichè il principio dell'ammissione, o dell'esclusione di detta legge non do-

vesse essere unico, ed agire in una maniera *indivisibile*; e quasichè la natura *successoria della legittima*, e la di lei azione sul patrimonio donato potesse perdere la sua virtù nel caso che la legge accresce la legittima, mentre non la perde quando la diminuisce, o la lascia eguale; e quasichè fin dapprincipio essendo riconosciuto l'impero del legislatore sullo stabilimento della legittima si potesse arrestarlo col fatto del privato, o impedirlo nel suo esercizio prima che l'affare sia reso puro e consumato.

§. 23. *Conchiusione.*

Stringiamo i conti. Voi mi dovevate dimostrare che « posto il solo atto di donazione senza aspettare la morte « del donatore, questo atto sia rispetto a me così perfetto e « consumato che escluda di diritto qualunque detrazione del « patrimonio donato a voi maggiore di quella del triente e « del semisse stabilita dalla legge, sotto l'impero della qua« le fu celebrato il contratto medesimo. » Or bene, vi domando se abbiate fatta questa dimostrazione? Voi avete tentato di farla col supporre che la legge romana sulla riduzione delle donazioni vi garantisca da questa *maggiore detrazione*. Ma voi non avete potuto farlo nè per disposizione letterale, nè per legittima interpretazione. Anzi dall'esame della legge medesima è risultato il contrario. Voi dunque non avete nulla di solido da opporre alla mia azione avvalorata dalla legge vigente del Codice Napoleone.

§. 24. *Come si debba considerare il punto della riducibilità delle donazioni fra vivi.*

Fino a qui noi abbiamo contrastato con rapporti isolati. Ma la quistione non deve essere trattata così. Essa deve abbracciare tutto lo stato legale della *riduzione* considerato ne' *suoi rapporti complessivi*. È sconcia, illegale, ed antilogica ogni argomentazione che prescinde dallo stato *intiero*

dell'affare, come sarebbe assurdo ogni calcolo, in cui concorrendo l'azione di più forze non ne venisse computata che una sola.

Posto ciò, ecco come io argomento. Voi non potete *alla morte del padre mio* vantare contro di me, nè io contro di voi maggiori diritti di quelli che coll'atto di donazione furono in voi legittimamente trasmessi e garantiti, ed a me riservati *fino alla morte* del padre mio.

Mio padre poi non vi poteva colla donazione legittimamente trasmettere e garantire verso di me *fino alla sua morte* maggiori diritti e doveri di quelli che la *legge stessa* fino alla sua morte a lui concedeva ed assicurava, e rispettivamente imponeva sul suo patrimonio anche distratto colle liberalità. Per lo contrario voi dovete alla morte di mio padre soddisfare a tutte quelle obbligazioni che essendo imposte dalla legge al suo patrimonio in favor mio, furono dalla legge stessa *anticipatamente* addossate alle cose donate a voi.

Queste proposizioni generali comuni a tutte le legislazioni non possono essere contrastate.

Ora mio padre non potè mai nè prima, nè dopo la donazione armare verun diritto contro il legislatore relativamente alla *successione necessaria* de' figli suoi. Dunque non potè mai nè prima, nè dopo la donazione trasmettere a voi verun diritto contro il legislatore relativamente alla succession necessaria de' figli suoi.

Per lo contrario è certo che coll'atto di donazione la legge vi impose l'obbligo eventuale di soddisfare alla morte del padre mio a questa *succession necessaria* in mancanza del patrimonio ereditario del defunto. Dunque è certo che voi foste coll'atto di donazione sottoposto al carico eventuale di questa succession necessaria alla morte del padre mio.

Ma perciò stesso che nel vostro acquisto entrò questa condizione o legge, o obbligazione, essa vi entrò con tutti quegli attributi che ne costituiscono l'essenza sua *legale*; dunque se di sua essenza non fosse stata legata alla quantità esistente all'atto di donazione, ma fosse stata di sua natura

variabile, essa vi sarebbe entrata col suo naturale carattere di variabilità.

Ma l'essenza sua legale importa ch'ella sia una prestazione *causa mortis* alterabile per fatto della legge prima della morte del donatore. Dunque voi necessariamente riceveste i beni donati colla condizione eventuale d'una prestazione *causa mortis* verso i figli di mio padre, la quale comunque consistesse allora nel triente e nel semisse, era però di sua natura alterabile per fatto della legge prima della morte del donatore.

Ma l'evento ha prodotto questa alterazione prima della morte del padre mio: il patrimonio del padre mio avrebbe certamente dovuto, ed anzi doveva somministrarmi tutta intiera la nuova quota al tempo della successione, in cui solamente lo stato delle cose *viene regolato anche per voi* (*a*).

Dunque siccome voi riceveste le cose donate colla condizione medesima, e avuto riguardo all'essenza legale della stessa condizione, così non potete ora sottrarvi dal soddisfarla nella stessa quantità.

Contro di questa conseguenza voi non potete schermirvi col solito artifizio di *scindere* la natura essenziale e complessiva della *riduzione* (che voi ammettete in generale salva solamente la nuova quantità). O voi dovete escludere totalmente la riduzione, o voi dovete ammetterla coi suoi estremi essenziali, che abbracciano tanto il tempo della donazione, quanto il tempo della successione, ben inteso che la legge *variabile* della successione necessaria *regola anticipatamente* le cose della donazione, e quindi allorchè si verifica la morte del donatore fa risalire l'azione della legittima al tempo della donazione. Voi quindi non potete valervi del *fatto mate-*

(*a*) « L'état des choses (dice a questo proposito il Tribuno « Jaubert) ne peut *se régler* qu'à l'ouverture de la succession: « nul n'a le droit de *contester* la disposition d'un homme vi- « vant ».

Rapport sur la loi relative aux donations entre vifs et aux testaments.

riale ed *isolato* del semisse e del triente esistente al tempo della donazione per *escludere* al tempo della morte del padre mio la domanda della quota italica, ammenochè non mi dimostriate che la nuda esistenza del triente e del semisse escluda necessariamente o la variabilità della legittima, o l'essenza e l'efficacia legale della condizione a voi imposta, la quale necessariamente non era limitata alla quantità esistente, ma si poteva per la natura stessa della cosa estendere ad una maggiore quantità, e estendere per fatto della legge ad un affare non ancora regolato fra voi e me.

La fallacia del vostro argomentare consiste nel considerare l'affare della riducibilità non nella sua indivisibile e complessiva *unità*, ma per una sola frazione isolata. Voi considerate l'affare per una sola particola, per un sol atto, per un sol momento qual è quello della sola donazione, in cui per altro la legge non considera la legittima come una tassa, o un passaporto presente per lasciar libera la donazione, ma come cosa futura, ed un avviso di precauzione da verificarsi a suo tempo (V. §. 6, 10). Voi vi limitate a questo punto solo senza considerare oltre le cose, mentre pure il diritto stesso romano che invocate abbraccia tutto il tempo, e tutti gli eventi interessanti i legittimarj verificabili durante il tempo che passa dal momento della donazione fino al momento della morte del donatore. Esso trasporta questo stato nella legge stessa regolatrice delle donazioni per farne norma della riduzione in favore dei legittimarj. Ma la vostra maniera di argomentare su di una sola particola dello stato legale delle cose contemplato dalla legge è assolutamente riprovata dalla trita e spesso ripetuta regola: *Incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere* (*a*).

Ma posto che voi avete il carico di provare la vostra eccezione, io vi invito a citarmi qualche legge, o qualche principio che pronunzi, che *la esistenza materiale* d'una legge in un affare di intiera sua spettanza *non ancor consu-*

(*a*) L. 24 ff. de legibus Celsus lib. 9 dig.

mato escluda necessariamente l'azione d'una legge posteriore; o almeno indicatemi qualche legge, la quale vi dica che la riduzione della donazione in favor dei legittimarj si possa almeno qualche volta fare con una legge diversa da quella della successione. Mostratemi, se potete, che la natura d'una prestazione necessaria in causa di morte, indotta per solo fatto della legge, e dalla legge stessa apposta come prima riserva dell'atto di donazione, non sia di sua natura alterabile a piacere del legislatore prima della morte medesima, e che questa riserva non debba operare secondo la natura del potere, e del soggetto su cui statuisce; e questo potere, e questa natura, e alterabilità non costituiscano parte della condizione medesima apposta fin da principio all'alienazione.

Permettetemi ch'io applichi la vostra maniera di ragionare ad un caso semplice e volgare. Fingiamo che mio padre vi abbia donato un giardino in cui esisteva un dato albero. Egli nel contratto vi disse: io vi dono oggi il mio giardino colla condizione però che alla mia morte consegniate il tal albero a mio figlio. Mio padre muore dopo vent'anni: io vi domando allora l'albero riservatomi. Avreste voi coraggio di ridurlo allo stato in cui era vent'anni addietro, o di farlo stimare e farmi pagare il di più di quello che valeva allora? Porreste voi in campo un preteso jus quesito di proprietà irrevocabile sul fondo del giardino derivatovi dalla donazione fra vivi fattavi da mio padre? Mi direste forse che quell'albero crebbe coi succhi del vostro terreno, che doveste sottostare ad incomodi, e che la cosa non è nello stato in cui si trovava al tempo della donazione, e che dovendo regolare la vostra obbligazione, e i vostri diritti dietro lo stato delle cose esistenti al tempo del contratto, non dovete sottostare alle conseguenze derivanti dal successivo aumento dell'albero?

Ma io vi direi, che mio padre avendovi ordinato di consegnarmelo al tempo della sua morte, la diversità eventuale sopravvenuta dappoi era insita nella natura stessa della riserva, ossia della condizione apposta alla vostra donazione;

talchè se l'albero fosse perito, o fosse stato rotto, e un suo germoglio o ramo si fosse conservato, me lo consegnereste come si trova alla morte del padre mio, e non giusta lo stato in cui si trovava al tempo della donazione.

Lasciamo gli esempi, e considerate, vi prego, tutto lo stato legale della *riduzione* secondo il diritto stesso *romano*, e i rapporti e le condizioni essenziali che racchiude. Egli vi viene presentato non da me, ma da un uomo celebre ed autorevole che ne conosce certamente tutto il cuore. = Un padre di famiglia (dice egli) muore dopo aver di-« sposto in vita sua d'una parte de' propri beni con delle « donazioni fra' vivi; che cosa fanno i figli superstiti per « giungere al conseguimento della legittima? Essi proce-« dono alla composizione del patrimonio, nel quale com-« prendono non solo i beni che il padre morendo ha lasciati, « ma quelli ancora che precedentemente ha donati. Se i « beni esistenti bastano per soddisfare i figli della loro le-« gittima, tali beni vengono loro accordati, e tutto è com-« piuto: se essi non bastano, si diminuiscono le donazioni « cominciando dall'ultima. Nel caso in cui il padre non « lascia dopo di se veruna proprietà, è sempre eguale l'ope-« razione. Vedesi che nelle due specie la DONAZIONE SEMBRA « PERDERE IL SUO CARATTERE D'IRREVOCABILITÀ', poichè i « beni che la compongono sono tolti in tutto, o in parte al « donatario per soddisfare i figli della legittima.

« Il *fondamento* della legge si è che la legittima deve « considerarsi come un *debito* sacro che convien sempre sod-« disfare con quanto trovasi esistere del paterno retaggio « *substantiæ paternæ*, e che le disposizioni gratuite fatte « dai genitori contengono sempre questa tacita condizione « della DIMINUZIONE PER LA LEGITTIMA dei figli; lo che fon-« dasi sulla legislazione dei Romani, e sull'autorità dei « Giureconsulti ec. (1).

Da ciò voi vedete che il *potere prevalente e regolatore*

(1) Il Console CAMBACERES, discussioni del Codice Civile all'art. 921 tom. IV. ediz. di Mantova pag. 329, 330.

della riducibilità delle donazioni si è il *potere* della *legittima*; cioè l'autorità del legislatore statuente sulla legittima: che l'azione di questo potere sì per la natura dell'affare che è di successione *causa mortis*, e sì per formale disposizione di legge si deve necessariamente considerare *alla morte del donatore*, e che in vista, e in conseguenza di questa azione si fa operare anticipatamente sulla donazione medesima al momento in cui essa fu celebrata come condizione primigenia, ed insita nel contratto. Essa fa sì che il donatario non possa eccepire nulla nè contro il legislatore, nè contro il legittimario, finacchè la morte del donatore non intervenga a determinare lo stato delle cose sulle quali può cadere la riduzione.

Ma per ciò stesso che il potere della legittima è il potere *prevalente e regolatore* della donazione, ed entra nel contratto come prima condizione, egli è evidente che vi entra secondo la sua essenza e natura, e sottomette la donazione ai rapporti naturali della legittima. Altrimenti egli non sarebbe più nè prevalente, nè regolatore. Ora la legge della legittima è essenzialmente *successoria;* e come successoria può senza vizio di retroazione regolare i diritti fino alla morte. Dunque la donazione è essenzialmente *regolata* da un oggetto o statuto successorio, e deve necessariamente subire le mutazioni necessarie di siffatto statuto fino alla morte, senza che esista pericolo di retroazione. Dunque fino alla morte del donatore nulla può resistere al legislatore, e nulla può garantire il donatario contro le operazioni che il legislatore stesso può eseguire relativamente alla quantità di una futura alterazione eventuale.

È dunque falso che la esistenza d'una legittima minore al tempo della donazione possa garantire il donatario dal prestarne una maggiore, quando la legge la stabilisce prima della morte del donatore, come è falso che il donatario possa alterare l'essenza, il potere, e le conseguenze della condizione primitiva, che predominò il di lui acquisto, ossia il passaggio delle cose donate in lui.

La sola pendenza di un credito, cui la legge potea di

sua autorità regolare, non può portare l'inconveniente di una retroazione, benchè questo fosse *accessorio* d'un anterior contratto irrevocabile. Con quanta maggior ragione adunque la legge sarà esente dal vizio di retroazione in un affare in cui la condizione ancor pendente era predominante e regolatrice di tutto il diritto?

Giustiniano dappertutto estremamente guardingo contro la vera retroazione (*a*) fino al segno di non dare effetto ad una legge già pubblicata, quando si potea dubitare della di lei notizia (*b*), ha avuto forse ribrezzo di estendere la riduzione degli interessi su di un capitale fruttifero anche ai contratti *anteriori* alla legge la lui pubblicata? (*c*). Ha egli temuto di incontrare il vizio di retroattività comandando che la misura da lui stabilita debba dal giorno della legge operare anche per quegl' interessi che erano stati già stipulati, ma non ancora scaduti in una misura maggiore? Ha egli temuto di violare il preteso *jus quesito* dei creditori?

No, vi rispondono i Giureconsulti, perchè l'azione era ancora sotto la giurisdizione del tempo, nè erasi ancora di fatto verificata in un oggetto di ragione legislativa.

Ha egli, lo stesso Giustiniano, temuto di estendere la legge di successione, e quindi anche della riduzione delle donazioni ai figli legittimati per matrimonio, benchè anteriore alle nuove sue costituzioni, che attribuirono loro questa capacità civile, e di dare agli altri fratelli dei coeredi che la legge non avea loro dati dapprima; e ai donatarj dei creditori necessari che essi non aveano, nè poteano avere in forza delle leggi vigenti al tempo della donazione (*d*)?

(*a*) Veggasi la Novella 18 cap. 5 in fine, la Novella 66, 73, ed altre ancora.

(*b*) Veggasi la Novella 66.

(*c*) Veggasi la legge 27 *Cod. de usuris.*

(*d*) Si esaminino le Costituzioni seguenti, cioè:

1.° Quella dell'anno 529 riportata nella legge 10 *Cod. de nat. liberis.*

2.° Quella dell'anno 530 ricordata nella legge 11 dello stesso titolo.

Si è egli astenuto di fare lo stesso in punto di donazioni fatte a causa di matrimonio estendendo le sue disposizioni anche ai figli in affari anteriori, ma ancor pendenti al momento della sua legge, e non ancor consumati con transazione, o cosa giudicata? *Maneat igitur, et hoc de his qui ex prioribus nuptiis sunt filiis condonatum: nisi forte ante prædictam constitutionem judicialis sententia aut transactio* inter partes facta *aliquid statuerit* (*a*).

Conchiudo dunque coll'osservare che su due motivi essenziali appoggia la mia pretesa di ridurre le donazioni anteriori al codice Napoleone fatte dai padri morti dopo l'attivazione del medesimo, secondo la misura voluta dal codice stesso, e questi sono, cioè:

1.° Perchè l'aumento della legittima praticato dal codice Napoleone è essenzialmente compreso nella riduzione stabilita dalla Novella 92, ed entrò perciò stesso come primitiva condizione delle donazioni fatte sotto l'impero della detta Novella.

2.° Perchè nulla ostava che quest'aumento fosse operativo nella riduzione, perchè la legge fu pubblicata nel tempo che l'affare fra il legittimario, e il donatario non era in fatto regolato, e molto meno consumato, ma tuttavia pendente.

Qui forse crederete che debba finire la disputa. Voi vi ingannate. Ora anzi incomincia il meglio. Io voglio farvi un dono, se vi piace, di tutte le ragioni da me allegate fin qui; e dimostrarvi con altri principj che voi avete torto.

3.° Quella dell'anno 535 riportata nella Nov. 12 cap. 4.

4.° E finalmente la dichiarazione formale del detto cap. 4 riportata nella Novella 19.

(*a*) Novella 22 cap. 47.

CAPO TERZO

NUOVO ASPETTO DELLA CONTROVERSIA.

SEZIONE I.

SECONDA RISPOSTA DEI LEGITTIMARJ.

§. 25. *Cardini principali, sui quali si fonda intieramente la eccezione dei donatarj contro l'azione della nuova legge.*

Tutta la vostra replica (dice il legittimario) si appoggia in ultima analisi sui seguenti due fondamenti, cioè:

1.° Che le donazioni fra vivi risguardar si debbano come *puri atti di privata proprietà* non altrimenti che le compre e vendite, e che però quanto alle donazioni la legge eserciti la sua autorità come nelle compre e vendite anteriori, o in altre convenzioni o atti di privato diritto, nei quali la legge non attribuisce, o costituisce il diritto, ma solamente *lo dirige* e lo difende; dimodochè essa non comanda, ma piuttosto serve al diritto che essa trova nel privato.

2.° Che la donazione non resti sotto condizione fino al tempo della successione verificatasi colla morte del donatore, ma che per lo contrario essa colla semplice *conchiusione* del contratto divenga *pura* anche verso al legittimario medesimo, e però anche relativamente a lui vesta il carattere di affare *regolato* e *consumato* prima della pubblicazione del codice Napoleone. Dal giuoco simultaneo di questi due dati voi traete tutto l'effetto che voi volete attribuire alle donazioni anteriori al codice Napoleone, onde sottrarre il

donatario alla detrazione dell'aumento della legittima introdotta prima della morte del donatore. Quest'effetto consiste nella creazione di un diritto invariabilmente regolato ed acquistato a pro del donatario al cospetto stesso del legislatore, onde non sottostare o supplire ad altra detrazione che a quella del triente, o del semisse.

§. 26. *Come venga consumato un affare, e come si operi la retroazione.*

Prima però di entrare nell'esame diretto di questi vostri fondamenti, io domando a voi, ed a tutti i pari vostri se abbiate mai chiaramente esposti e dimostrati i veri principj legali, dietro i quali si possa giudicare, quando si faccia, o non si faccia *retroagire* una legge? In breve, avete voi mai dimostrato in che veramente consista la *retroazione?* Fra voi e me vi deve essere un criterio, un giudice. Dove lo troveremo noi, se non nella legge medesima?

Consultiamo dunque su di ciò tanto le leggi anteriori, quanto le leggi posteriori, e determiniamo finalmente il senso preciso e legale della parola, e il reale effetto che per lei viene indicato. Non imitiamo que' barbari controversisti dei tempi oscuri, i quali disputavano senza definire mai le idee principali, alle quali erano appoggiati i raziocinj.

Sopra vi ho detto con Locré, che retroagire altro non è che distruggere coll'applicazione d'una nuova disposizione della legge ciò che in un dato affare fu invariabilmente regolato e consumato in virtù d'una legge anteriore.

Ora veggiamo se questa definizione sia esatta, e quando le leggi sì antiche che nuove considerino che un *affare* sia, rispetto al legislatore, veramente *consumato.*

Leges et constitutiones (dicono gl' Imperadori) *futuris certum est dare formam* NEGOTIIS, *non ad facta praeterita revocari* (*a*).

Qui, come ognun vede, la legge non dice *futuris dare*

(*a*) L. 7, Cod. de leg..

formam JURIBUS, ma NEGOTIIS: non *ad jura praeterita*, ma *ad facta praeterita revocari*. — *Hinc in legibus haec clausula solet inseri* TRANSACTA FINITAVE EA DE RE RATA SUNTO (*a*), *quae si inserta non fuisset debet suppleri*. — *Transacta finitave intelligere debemus non solum quibus controversia fuit, sed etiam quae sine controversia sint possessa, l.* 229 *ff. de verborum significat., ut sunt judicio terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita, l.* 230 *ff. de verb. significat.* (*b*).

Da queste leggi pertanto risulta che secondo il diritto romano un affare non è *rispetto alle leggi consumato*, nè impedisce l'azione d'una nuova legge, se non quando non si può più disputare fra le parti di un determinato diritto, sia perchè vi intervenne fra di esse qualche convenzione irrevocabile, sia perchè vi intervenne la cosa giudicata, sia perchè la legge impedisce o mediante il possesso e mediante la prescrizione, o in altra simile maniera che si possa più disputare del diritto medesimo.

In tutte queste leggi per altro evidentemente si suppone che le parti interessate possano esercitare e far valere le loro ragioni, poichè sarebbe assurdo il supporre che in un affare, in cui si tratta del diritto e dell'obbligo rispettivo di due o più persone, un affare *si possa finire* senza che siano esercibili le rispettive ragioni. Dunque egli è manifestamente assurdo l'affermare che un dato affare sia *consumato* contro un uomo PRIMA che egli possa agire, o far valere i suoi diritti. Ecco ciò che risulta dall'esame delle leggi romane.

(*a*) Hanc clausulam videt. in l. 1, §. fin. ff. ad S. C. Tertull et Orph.

(*b*) Pothier cum legibus Pandect. Justin. ad lib. 1, tit. III, sect. I, art. 2, §. V, tom. I, pag. mihi 8 edit. Lugduni 1782.

§. 27. *Continuazione. Come venga determinata la retroazione secondo le nuove leggi.*

Veggiamo ora come si debba determinare il senso della *retroazione* dietro l'intenzione delle nuove leggi. È indubitato che l'applicazione fattane nei diversi casi dal legislatore stesso deve equivalere ad una *interpretazione autentica*. Essa poi diviene precisa e decisiva quando fosse stata applicata specialmente al soggetto controverso.

Molti sono i casi ne' quali il legislatore ha considerato *affari anteriori* alle nuove leggi, ed ha spiegato il suo principio, ed anzi lo ha *effettivamente sanzionato* con atti legislativi. Di questi casi altri precedono, ed altri succedono alla pubblicazione del codice Napoleone.

Tra i casi che precedono giova annotare la legge 3 Vendemmiale anno IV, che abolì l'effetto retroattivo della legge 17 Nevoso anno II. La retroattività di questa legge consisteva nel *togliere il possesso legalmente* acquistato dai figli ed eredi, mediante una successione *precedentemente verificatasi* d'un padre *morto sotto l'impero delle vecchie leggi*, e nell'introdurre fra di essi un'*eguaglianza* che la legge anteriore, sotto l'impero della quale fu aperta la *successione*, non attribuiva in conto alcuno ai suddetti (Veggasi il §. 11) (Nota IX).

Passiamo ai casi che vennero dopo la pubblicazione dello stesso codice. Senza ricordar qui le discussioni nate sull'articolo 2 del codice Napoleone, il quale fu proposto in una più ampia forma, e in cui per criterio d'un affare consumato furono indicate le *transazioni*, *le decisioni per arbitri*, *od altre passate in giudicato*, mi limito alle leggi relative ai diritti dei figli adottivi, e dei figli naturali rispettivamente al passato emanate dopo il codice Napoleone, e motivate dalle stesse persone che concorsero a formare e ad approvare lo stesso codice.

Ivi essendosi sopra tutto studiato di non dare alla legge un effetto retroattivo, si è resa pratica questa disposizione

colle seguenti circostanze, cioè: « Si ces droits ont été ré-
« glés par acte ou contrat autentique, dispositions entre vifs
« ou à cause de mort FAITS SANS LESION *de légitime d'en-*
« *fant*, transaction ou jugement passé en force de chose
« jugée, il ne sera porté aucune atteinte aux dits actes,
« contrat, disposition, transaction ou jugement lesquels se-
« ront exécutés selon leur forme et teneur » dice la legge
sui figli adottivi (*a*).

« Les *conventions* et les jugements passés en force de
« chose jugée par lesquels l'état, et les droits des dits en-
« fants naturels auraient été réglés seront exécutés selon
« leur forme et teneur » dice la legge sui figli naturali (*b*).

Da queste due leggi che cosa rileviamo noi circa il punto della retroattività? Quali sono *i confini*, i quali il legislatore dopo la promulgazione dell'art. 2 del codice Napoleone anteriormente pubblicato professa di rispettare? Quali sono quindi le circostanze, dietro le quali si dee legalmente definire che un affare sia o no irrevocabilmente regolato e consumato? E per correlazione quali sono gli atti che non si possono toccare senza incorrere nella retroattività? In breve, in che veramente consiste la *retroazione della legge*?

Prescindendo dalle donazioni fra vivi, o a causa di morte (le quali lungi che siano conservate come stanno quando non ne risulti a favore degli altri figli la misura della legittima del codice Napoleone, vengono anzi ridotte alla detta misura), gli atti per i quali un affare si considera consumato, e che la legge professa di rispettare affine di non retroagire sono:

(*a*) Loi relative aux adoptions faites avant la publication du titre VIII du Code Civil. Decretée le 25 Germinal an XI. Promulguée le 5 Floreal suivant (Bulletin des lois n. 271).

(*b*) Loi relative au mode du réglement de l'état et des droits des enfants naturels dont les pères et mères sont morts depuis la loi du 12 Brumaire an II jusqu'à la promulgation des titres du Code Civil sur la paternité et la filiation, et sur les successions. Decretée le 14 Floreal an XI. Promulguée le 24 du même mois (Bulletin des lois n. 278).

1.° I contratti, o convenzioni irrevocabili validamente concordate fra le parti interessate.

2.° Le transazioni fralle stesse parti.

3.° Le cose giudicate e passate in giudicato.

4.° Il possesso d'un diritto acquistato per la morte di taluno avvenuta sotto l'impero d'una legge antecedente.

La semplice *preparazione* d'un diritto fatta per ministero solo della legge a pro di uno, e quindi la collazione irrevocabile d'un diritto a un terzo in vista di questa *preparazione* non entrò mai in veruna legge nè antica, nè nuova come un ostacolo onde impedire l'azione di una nuova legge; perchè con siffatta preparazione verun legislatore e uomo di senno non ha mai sognato di far consumare un affare civile.

Da queste premesse pertanto tutte dedotte non da argomentazioni interessate, ma da formali disposizioni del legislatore, risulta che un affare non si potrà dire irrevocabilmente consumato se non nel caso che rispettivamente siasi effettuato qualcheduno degli atti ora mentovati, e però non si potrà verificare mai la retroazione della legge se non quando coll'applicazione della medesima si tolga o in tutto, o in parte l'effetto derivante o da un'anteriore *convenzione* irrevocabile validamente concordata fralle parti interessate, o da un'anteriore *transazione* fra le stesse parti, o dalle precedenti cose *giudicate*, e passate in giudicato fra di esse, o dall'anteriore *possesso* di un diritto già acquistato per la morte di taluno avvenuta sotto *l'impero d'una legge precedente.*

§. 28. *Applicazione della teoria al caso delle donazioni anteriori al Codice Napoleone.*

Premesse queste considerazioni ne nasce il seguente argomento. Perchè colla mia domanda contro di voi appoggiata alla legge del codice Napoleone si operi una vera *retroazione* della legge è necessario che usando della legge stessa, io tolga o in tutto o in parte l'effetto o di un'ante-

riore convenzione, o transazione validamente concordata fra voi e me, o di una cosa giudicata, e passata in giudicato fra voi e me, o di *un possesso* a voi derivato per la morte di mio padre avvenuta sotto l' impero della legge romana. Ma così è che colla mia domanda io non tolgo l' effetto di niuna di queste cose. Dunque colla mia domanda non si opera veruna retroazione della legge.

La maggiore di questo sillogismo è indubitata, perchè è singolarmente appoggiata alle disposizioni di leggi formali. La minore è pure indubitata, perchè voi fondate il vostro diritto sopra un atto *anteriore* alla morte di mio padre, nel quale non contemplate alcuna convenzione, transazione, o cosa giudicata fra voi e me. La conseguenza dunque è parimenti indubitata.

Con qual fondamento pertanto osate voi d' oppormi la eccezione di *retroattività?* E quando non mi potete opporre quest' eccezione, qual altro ostacolo potete presentarmi contro la mia pretesa?

Qui io potrei finire la questione, come vedete, ma io non mi contento di ciò. Io voglio mostrarvi, che i fondamenti sui quali voi vi appoggiate sono amendue futili ed anzi erronei, e che la vostra principale ragione è manifestamente ripugnante alle formali disposizioni delle leggi romane ed italiche....

SEZIONE II.

INTERRUZIONE DEL DONATARIO.

§. 29. *Come si faccia retroagire la legge nelle materie personali, e nelle materie reali.*

Pian piano sig. legittimario (qui interrompe il donatario): prima di passar oltre permettetemi uno schiarimento, il quale più oltre diverrebbe inopportuno. Questo schiarimento avrà due parti. Colla prima credo di provarvi una distinzione che voi avete omessa. Colla seconda proverò che colla morte di vostro padre si è consumato in mio favore l'affare delle ragioni eccezionali contro di voi. Incomincio dalla prima. Il divieto della retroazione è *generale*, nè soffre mai eccezione. Esso ha luogo sia che si tratti d'uno *statuto reale*, sia che si tratti d'uno statuto personale. Ma allorchè sì nelle materie personali che reali, si cerca di sapere se vi sia o no retroazione, vi deve passare qualche differenza secondo che la materia appartiene o all'uno o all'altro statuto. Io vi accordo di buon grado, che gli atti i quali rendono consumato un affare in materia personale, lo rendono anche consumato in materia reale; ma non ne viene perciò la conseguenza che nelle materie puramente *reali* non possa esistere qualche *altro atto*, per il quale l'affare si debba riconoscere come produttivo d'un irrevocabile jus quesito. La differenza delle materie ammette la differenza di cause e di effetto. Vi dico dunque che in materia *reale* un affare produce diritto irrevocabilmente quesito quando l'affare stesso fu prima irrevocabilmente *regolato* dalla legge; dovecchè in materia personale un affare non è mai *irrevocabilmente regolato dalla sola legge*, e però per essere consumato abbisogna delle condizioni da voi accennate (Nota X).

Un esempio tratto dalle nuove leggi spiegherà meglio il

mio pensiero. Allorchè voi mi avete data la definizione della retroazione mi avete fatto parola della materia del divorzio (Ved. §. 11). È indubitato, che questa materia è tutta civile, e cade sotto gli statuti personali. Or bene, recatevi meco alle disposizioni della legge 26 Germinale anno XI relativa ai divorzj pronunciati, e alle domande intentate prima della pubblicazione del tit. VI del lib. I del codice Napoleone, ed ai motivi che l'accompagnano. Voi troverete che il matrimonio contratto sotto l'impero della legge del 1792 attribuiva il diritto di intentare il divorzio secondo le forme stabilite dalla stessa legge.

Fra le altre cose essa non ammetteva la semplice separazione di persona, e dava assai più ampie facoltà di quelle che furono attribuite dal codice Napoleone. Essa di più dava ai divorziati il diritto di riunirsi di nuovo fra di loro in matrimonio. Tali facoltà ed abilitazioni furono tolte dal codice Napoleone. Ma questo codice statuì sui casi futuri, e non sugli anteriori, come appunto fece nelle donazioni fra vivi. Intorno agli anteriori poteano i conjugi argomentare dicendo che la legge del contratto regolava irrevocabilmente gli effetti del medesimo, e dava anticipatamente diritto al divorzio, coi modi e colle condizioni della legge del 1792. Diremo adunque che non potea applicare la legge posteriore del codice ai matrimonj, ed alle persone conjugate sotto la legge del 1792, sebbene non ancor divorziate, o non ancor impegnate in un affare di divorzio prima del codice Napoleone?

La legge 26 Germinale suddetta ha posti i matrimonj suddetti sotto l'impero del codice Napoleone, e con ciò essa ha precisamente riformate le condizioni legali del contratto anteriore, rispettando solamente i divorzj consumati o intentati anteriormente.

Io rispetto (dice la legge transitoria) i divorzj già pronunciati, e le istanze introdotte per il medesimo sotto l'impero della legge del 1792, perchè non voglio produrre verun effetto retroattivo; ma nello stesso tempo ordino che d'ora in avanti l'azione del divorzio non possa più essere

intentata anche per i matrimonj anteriori se non secondo il codice Civile; e dichiaro che con ciò io non produco *verun effetto retroattivo* (*a*).

Invano voi potreste armare un diritto irrevocabilmente *quesito* col contratto stesso del matrimonio eseguito sotto l'impero della legge antecedente. Invano voi potreste addurmi gravi variazioni nelle condizioni del matrimonio stesso, sia per separarvi, sia per riunirvi ancora. Il diritto quesito contro l'azione della nuova legge non viene indotto in questo caso nè per ministero solo della legge, nè per la sola forza del contratto fatto sotto la legge medesima come nelle cose di privato diritto reale, ma solamente dai giudizj posteriormente intentati, o consumati fra le parti interessate. E perchè ciò? Perchè qui si tratta d'una materia di diritto puramente civile, nella quale lo stato delle persone è sempre *sotto condizione*. Dal che ne viene che nelle materie riguardanti lo stato delle persone un diritto semplicemente regolato da leggi anteriori non è *invariabilmente* regolato, e *quindi non è irrevocabilmente quesito*, finacchè sulla materia stessa non intervenga alcuna convenzione, o cosa giudicata, o alcuno di quegli atti, i quali consumano praticamente l'affare medesimo.

Ma negli affari riguardanti un semplice diritto di proprietà reale come sono le donazioni, questo principio non ha luogo, perchè l'affare fin da principio fu *invariabilmente regolato*, e quindi da principio produsse un correlativo perfetto *jus quesito*, il quale sebben fosse praticamente sotto ad alcune condizioni, ciononostante non potè soggiacere ad altra sorte che a quella che era stabilita dalle leggi antecedenti, sotto l'impero delle quali fu conchiuso l'atto medesimo, stantechè le condizioni stesse essendo state *antecedentemente* contemplate, tutto ciò che rimaneva fu invariabilmente regolato in forza del diritto indipendente di proprietà, il quale è operativo in tutta quella estensione, la quale non fu compresa nell'eccezione.

(*a*) Veggasi la detta legge co' suoi motivi.

§. 30. *Continuazione. Come a favor del donatario si possa citare un possesso di fatto e di diritto.*

Ma volete voi un *possesso* di fatto e di diritto? Voi lo trovate sicuramente in me colla donazione fattami. Voi mi dite che questo fatto se fu operativo d'un diritto quesito fra vostro padre e me, non fu però operativo di un pari diritto fra me e voi. Ma io vi rispondo che esso fu operativo anche fra me e voi; postochè la legge che stipulò a nome vostro con me mi attribuì, e garantì questo possesso colle condizioni precedenti relative alla legittima.

Io vi accordo, che colla morte di vostro padre fra le varie condizioni eventuali, a cui la legge mi sottoponeva, si è verificata piuttosto l'una che l'altra delle medesime; e in questo senso fra voi e me colla morte stessa vien consumato l'affare per me della donazione, e per voi della legittima. Difatti se voi oggi disputate con me, voi disputate per un diritto operato colla morte di vostro padre; e io disputo con voi con un diritto *ratificato*, e per un affare reso *puro* colla morte medesima. Ma la *pendenza* che voi opporre mi potevate, poteva bensì versare entro *la sfera delle condizioni* prima contemplate dalla legge romana; ma non abbracciare altre condizioni diverse e non contemplate.

Rispondo dunque distintamente contro di voi come segue: O voi volete trattare la controversia pendente fra voi e me come se ancor fosse vigente il diritto romano, e secondo le norme del medesimo, o no. Nel primo caso io vi accordo che l'affare fra voi e me viene praticamente ed invariabilmente *consumato* colla morte di vostro padre, e ciò perchè fra le varie condizioni anticipatamente contemplate dalla legge, come contingibili al tempo della morte di vostro padre, si *realizza piuttosto l'una che l'altra di queste condizioni*, nè si può rimaner più incerti, quale di queste condizioni sia per *verificarsi*. Con ciò si determinò invariabilmente e praticamente la mia obbligazione di pagare, o non pagare qualche cosa in supplemento del patrimonio cre-

ditario, di pagare o non pagare il triente, o il semisse, o di soddisfare ad altra simile obbligazione in forza della legge vigente al tempo del contratto, la quale determinava o l' una o l' altra delle mie obbligazioni, ed altro non aspettava che l' evento, il quale ne realizzasse piuttosto l' una che l' altra.

Permettetemi dunque che io ve lo ripeta, io non ricuso di soddisfarvi secondo le norme della legge romana, nè vi contrasto la teoria vostra generale sulla retroazione, e sulle cose che rendono un affare consumato. Io vi concedo anzi che fra voi e me l' azione della legittima sulla donazione e viceversa si consuma colla morte di vostro padre. Ma appunto perchè si consuma quest' affare al tempo della morte, dopo che ne fu stabilita la ragione in un tempo anteriore, cioè al tempo della donazione medesima, e non dopo, io intendo che continuar non si possa con altre regole che con quelle del diritto romano.

La quistione dunque fra voi e me non verte propriamente sul punto se per consumare le ragioni della legittima sulle donazioni, siavi di bisogno della morte del donatore; ma bensì se dopo la morte del donatore stesso consumare si debba applicando la legge del contratto, o applicando una legge posteriore.

Se per impossibile voi provare mi poteste che fralle condizioni della legge vigente al tempo del contratto si debba inchiudere anche l' aumento della legittima fatto prima della morte del donatore, in tal caso io sarei costretto a riconoscere, che quest' aumento entrando fin da principio come un vincolo condizionale, a cui io poteva andar soggetto, sarebbe stato operativo per obbligarmi a sottostare ad una maggiore detrazione nel caso che la legge avesse veramente praticato quest' aumento prima della morte del donatore, nella stessa guisa che io riconosco che l' aumento dei figli, o la diminuzione del patrimonio avvenuto fra la donazione e la morte, mi sottopone ad una prestazione maggiore di quella che avrei dovuto pagare se il donatore fosse morto un istante dopo la donazione: ma siccome l' aumento della

legittima fatto per una legge posteriore non entrò da principio nelle condizioni apposte dalla legge al contratto, così l'affare che viene consumato colla morte del donatore non può attribuire nè un'azione maggiore a voi, nè a me maggiore obbligazione di quella che la legge del contratto stesso stabiliva per tutti quei casi nei quali un donatore muore sotto l'impero della stessa legge, o d'una legge che prima e dopo il contratto serbò la stessa misura di legittima.

Voi dunque commettete una viziosa petizione di principio ponendo in campo le convenzioni, le transazioni e le cose giudicate, e il possesso acquistato, perchè supponete che tutte queste cose si possano regolare con leggi diverse da quelle che regolarono il primitivo contratto. Conchiudo dunque che non voglio disputare se sia vero o no, che colla morte del donatore si consumino fra voi e me le ragioni scambievoli relative alla legittima, ma solamente io sostengo che esse si debbono consumare *applicando la legge del contratto*, *e non applicando la legge posteriore*.

SEZIONE III.

CONTINUAZIONE DELLE RAGIONI DEL LEGITTIMARIO.

§. 31. *Esame del primo supposto dei donatarj circa la facoltà di trasmettere e di ricevere a titolo di donazione.*

Ma se la legge posteriore (ripiglia e continua il legittimario) non fosse diversa dalla legge del contratto, perchè essa fin da principio racchiudesse fralle sue condizioni *naturali* anche quella di obbligare il donatario a fornire al legittimario l' aumento della legittima introdotto nel tempo intermedio fra la donazione e la morte del donatore, quale scampo avreste più, e quale appoggio per sostenere la vostra negativa? Voi non ne avreste nissuno, come ben vedete. Ora siete voi ben certo che io non possa provarvi o espressamente, o per equivalenza che l' aumento della legittima fatto per una legge intermedia fra la donazione e la morte deve entrare nelle condizioni primitive del contratto al pari delle altre condizioni legali da voi ammesse e riconosciute? Voi vi fate forte sulla natura del contratto di donazione che voi avete caratterizzato di privata proprietà, e che fate contrastare col diritto della legittima, cui voi riguardate come una semplice *deroga ed eccezione* del diritto irrevocabile di proprietà (V. §. 15). Ma siete voi sicuro di questo primo vostro fondamento? Ecco ciò che rimane ancora a discutere; ed ecco ciò che finalmente deve sciogliere tutto il nodo della difficoltà, e dissipare l' incantesimo della vostra eccezione.

Vi prevengo che in questa disputa io non pretendo di far uso se non che dell' autorità e dei principj positivi della legislazione sì romana che italica; e che la controversia è propriamente più di autorità che di ragione. Cio posto, chi ha detto a voi che secondo le disposizioni di queste leggi la

donazione fra vivi si debba in massima collocare fra il novero dei contratti di privata proprietà, e attribuire alla medesima gli effetti delle compre e vendite, e di altri simili contratti? Come potrete voi quindi far contrastare il diritto di una nativa proprietà privata contro l' autorità dispositiva della legge? Non è egli vero che se la facoltà di disporre e di ricevere per causa di donazione fosse stata costantemente sottratta dalla sfera delle private contrattazioni, e fosse stata considerata e trattata come una facoltà originariamente attribuita dalla legge, e posta intieramente nel novero delle capacità puramente civili, e resa oggetto tutto proprio degli *statuti personali*, cesserebbe tutta la forza del vostro massimo fondamento? Allora non potreste più riguardare la donazione come un atto di proprietà indipendente ed anteriore alla disposizione della legge come la compra e vendita, dimodochè la legge non sia che subalterna e tutrice del medesimo, e però non potreste collocare a fianco delle leggi sulla legittima il diritto nativo di proprietà, il quale a guisa di un' acqua non soffra altre restrizioni che quelle che vengono procurate dalla mano del legislatore, e che per conseguenza in tutto il rimanente agisca con una forza irrevocabile; allora non potreste più qualificare l'azione della legittima sulla donazione come *una deroga*, o una *eccezione* a questo preteso diritto nativo, o indipendente; ma per lo contrario riguardar dovreste la donazione come una facoltà puramente *dativa* così propria e dipendente dalla disposizione della legge, e dai rapporti predominanti della legittima che essa non esisterebbe se non in quanto al legislatore piacesse di conservarla, e non avrebbe altra estensione che quella che può risultare *dopo* che furono salvi tutti i diritti dei legittimarj.

Allora le disposizioni della legge sì antica che nuova, riguardanti l' azione della legittima sulle donazioni, si ridurrebbero alla seguente: « Sia che al tempo della morte di « un donante si trovi vigente la misura della legittima già « stabilita da me, sia che si trovi in vigore un' altra misura « qualunque, io ordino che i legittimarj possano domandare

« ed ottenere la legittima stessa secondo la misura legale
« che si troverà stabilita alla morte del donante, e possano
« ripeterla dall' eredità del donante, o in difetto sulle cose
« anteriormente donate fra vivi, e passate al donatario,
« computando sì lo stato del patrimonio quale si trovava al
« tempo della donazione, che lo stato dello stesso patrimo-
« nio quale si trovò al tempo della morte del donatore. »

Posta questa legge vi potrebbe più essere controversia fra voi e me? Ora vi dico che in forza e delle *disposizioni formali* delle leggi, e dei principj di ragione legislativa autenticamente proclamati, le leggi sì anteriori che posteriori inchiudono la sovra recata disposizione.

Per convincervi di questa proposizione io vi proverò:

1.° Che la facoltà di trasmettere e di ricevere per titolo di donazione fra vivi è totalmente dipendente e indotta dall' autorità del legislatore, che ha voluto considerarla come un diritto puramente *civile* annesso e inerente alle capacità proprie dello stato civile.

2.° Che in conseguenza ha statuito sulla medesima in una maniera diversa, anzi spesso contraria a quella che egli ha adoperato riguardo alla facoltà di vendere, comperare, o di possedere per titolo di naturale proprietà.

3.° Che in conseguenza del principio da lui adottato ha parificato sempre quanto a se la facoltà di disporre per titolo di donazione fra vivi alla facoltà di disporre per causa di morte, ed ha effettivamente statuito sull' una e sull' altra collo stesso contesto.

4.° Che la facoltà di succedere o per volontà dell' uomo, o per disposizione della legge, e quindi il diritto della legittima è assolutamente civile, e di ragione totalmente personale annessa allo stato civile della persona.

5.° Che il diritto a questa legittima fu considerato dal legislatore stesso come assolutamente *prevalente* a quello di disporre per via di donazione a modo che questo debba sempre servire a quello.

Questi cinque articoli sono comuni tanto al codice Napoleone, quanto al diritto romano.

Quanto poi al nuovo diritto vi proverò in ispecialità che in conseguenza della natura puramente civile della donazione e della legittima, e dello stato condizionale loro prima della morte del donatore, e prima che l'affare sia irrevocabilmente regolato e consumato mediante convenzioni, o cosa giudicata, il legislatore stesso ha effettivamente ridotte *donazioni anteriori* validamente stipulate, le quali come contratti di privata proprietà reale avrebbero dovuto essere irreducibili, professando nello stesso tempo energicamente che tale riduzione non dava alla sua legge verun effetto retroattivo. Veniamo alle prove.

§. 32. *Come secondo i principj della nuova legislazione si debba riguardare la facoltà di trasmettere, o di ricevere a titolo di donazione.*

Ho detto in primo luogo che la facoltà di trasmettere e di ricevere per titolo di donazione, è di diritto puramente *civile* e totalmente dipendente dall'autorità del legislatore, e tutta inerente alle capacità proprie dello stato civile, e non alle capacità puramente naturali che regolano i diritti puramente reali. « Les donations des immeubles et en gé« néral celles dont la preuve ne peut résulter que d'un « contrat écrit et qui produisent des actions ont reçu leur « forme du *droit civil*. C'est *lui* qui fixe les conditions sous « les quelles elles seront valables, soit par rapport aux « donateurs et donataires, soit par rapport aux tiers créan« ciers et heritiers; qui détermine la *mésure* dans laquelle « chacun peut disposer des ses biens de cette manière, et « sur tout LES CAPACITÉS, ET INCAPACITÉS RELATIVES à la « qualité de donateur, et de donataire » (*a*).

« La matière des dispositions à titre gratuit est celle qui « a le plus occupé les législateurs de tous les pays: c'est

(*a*) Locré esprit du Code Civil, liv. I, tit. I, chap. II, art. 25. 3 effet.

« en effet le *droit civil de chaque peuple* qui doit régler « cette transmission » (*a*).

« Toutes personnes peuvent disposer et recevoir soit par « donation entre-vifs , soit par testament. Ce principe s'ap- « plique à tous ceux qui ont la jouissance des droits ci- « vils » (*b*).

« Nous avons dit que la faculté de transmettre est pu- « rement du droit civil. On pourrait trouver quelque *diffé-* « *rence* entre la transmission par acte entre vifs et la tran- « smission par testament. Celui qui se dépouille actuelle- « ment parait sous quelque rapport user d'un droit plus « étendu que celui qui ne dispose que pour un temps où il « ne sera plus. Mais cette nuance est trop légère , et nous « aimons mieux convenir que l'homme en société NE PEUT « TENIR QUE DE LA SOCIÉTÉ le droit de transmettre ses biens « à titre gratuit même par donation entre vifs » (*c*).

Qui , come ognun vede , si tratta della facoltà di donare , considerata rispetto al legislatore , e non rispetto al giudice , o al privato cittadino che serve alla legge ; e però la distinzione fra il diritto privato e il diritto pubblico non è operativa che pel legislatore e non pel magistrato , lochè appunto forma l'oggetto dell' attual quistione. Certamente allorchè si tratta di valutare in giudizio l'*atto* della donazione e del testamento fatto , si trova che l'uno è irrevocabile e l'altro è rivocabile fino alla morte ; ma quando si tratta di valutare la *facoltà di donare* fra vivi e di disporre per testamento rispetto al legislatore , non si trova differenza , talchè il legislatore può disporre su l'una e sull'altra colla stessa libertà senza temere di far retroagire la legge come nella materia dei matrimonj , delle tutele , e in ogni altro oggetto di diritto puramente civile , come si vedrà più sotto. E però prima che l'affare sia irrevocabilmente consu-

(*a*) Rapport sur le projet de la loi relative aux donations entre vifs et aux testaments du Tribun Jaubert.

(*b*) Ibid.

(*c*) Ibid.

mato secondo le regole sopra proposte, cioè prima della morte del donatore, il legislatore può regolare qualunque atto di donazione con una nuova legge.

Questa osservazione è importante per prevenire qualunque confusione.

§. 33. *Prova del secondo punto.*

Il senso e la estensione del principio esposto fin qui si rileva più manifestamente dall' applicazione che ne ha fatto il legislatore medesimo. Se fosse vero quanto pretendono i donatarj e le persone che li difendono, che la donazione fosse un contratto di privata proprietà come la compra e vendita, anzichè un contratto puramente civile, e tutto dipendente dallo stato puramente civile e di ragione meramente personale, egli avrebbe abilitato le persone che esso considerò come capaci di vendere e comprare, a trasmettere ed a ricevere anche per titolo di donazione; ma tanto è lungi che esso adotti questa promiscuità ed uniformità di diritto, che quanto al passato nell' atto istesso che rispetta le convenzioni, e persino le transazioni relative ad affari dipendenti dallo stato civile non ancor regolato, egli dichiara nello stesso tempo le anteriori donazioni fra vivi come un atto eccettuato, e tutto sottoposto all' impero della legge posteriore. Quanto al futuro poi egli lascia alle persone spogliate dei diritti civili la facoltà naturale di comprare, di vendere e di possedere, e loro nega quella di *trasmettere e di ricevere* per donazione, in forza appunto del principio spiegato nel paragrafo antecedente.

La prova di questa osservazione l' abbiamo nelle leggi già ricordate, e nell' art. 25 del codice Napoleone illustrato dai rispettivi motivi.

E per verità è indubitato che il legislatore considerò i figli adottivi e i figli naturali capaci di comprare e vendere, di contrattare e transigere, e la prova si è, che egli espressamente riconosce come valide ed irrevocabili tali convenzioni, e gli altri atti che sono intervenuti prima della legge

che regola il loro stato personale, come abbiamo già veduto (V. §. 27, pag. 69).

Eppure quando si è trattato della facoltà di donare, e degli atti effettivamente su di ciò intervenuti, ben lontano di riconoscere in essi nna facoltà pari a quella degli altri contratti, egli ha riconoscinto l' opposto, talchè le donazioni anteriori ricevute dagli uni e dagli altri le ha non solamente riconosciute riducibili, ma le ha effettivamente ridotte. E per quale principio se non per quello spiegato fin qui?

La stessa ragione vige per i figli adottivi. E però, in forza della legge che li riguarda, le donazioni anteriori sono ferme quando non vi sia *lesione di legittima* de' figli come si è vednto (§. 27, pag. 69).

Quanto poi al futuro leggasi l' art. 25 del codice Napoleone. Ivi si vedrà che a chi è morto civilmente è bensì riservata la facoltà d' acquistare e possedere per titolo di proprietà privata, ma loro è tolta quella di trasmettere e ricevere per titolo di donazione fra vivi. « Non può (dice la « legge) *disporre* de' suoi beni in tutto od in parte PER DO-« NAZIONE FRA VIVI nè per testamento, nè *ricevere* per gli « stessi titoli ». Qui si dispone su di questo diritto in compagnia di quelli del matrimonio, della tutela, della facoltà di stare in giudizio, e in generale di tutto il complesso dei diritti che appartengono allo stato civile delle persone.

E perchè questa disposizione, e questa differenza fra la facoltà di donare e di ricevere a titolo di donazione, e la facoltà di trasmettere e di ricevere per titolo di altro contratto? Per me vi risponderanno i legislatori. « Les indivi-« dus frappés de mort civile ne sont plus dans l'ordre civil « au rang DES PERSONNES: *personam non habent*. Il conser-« vent l'état naturel ... La loi ôte les droits civils qui *sont* « *son ouvrage*, et un bienfait dout elle gratifie qui elle « vent: il est au-dessus de son pouvoir de lui ôter la qualité « d'homme et les droits que la loi naturelle y attache. »

« Ainsi les attentats commis contre la personne du con-« damné sont punis. »

« Il a droit à des alimens. »

« Il conserve la faculté d'*acquerir* et de posseder » (*a*).

« Les DONATIONS ENTRE VIFS quoique elles aient leur « principe dans la loi naturelle sont donc devénues des « matières *du droit civil:* or puisque c'est ce droit qui « dans l'état actuel des choses donne la capacité de *disposer* « *et de recevoir*, il doit la réfuser au condamné auquel il « n'accorde plus d'existence civile » (*b*).

Dalle cose esposte fin qui risulta dunqne chiaramente che la facoltà di trasmettere e di ricevere a titolo di donazione fra vivi, e quindi l'atto della donazione stessa rispetto al donatore ed al donatario, ed anzi la qualità stessa di donatore e di donatario non appartengono, nè sono riguardate dal legislatore come cose di diritto reale, e di privata proprietà, ma bensì come oggetti di diritto totalmente *civile* o *pubblico* di spettanza personale, e precisamente come oggetti di puro stato personale, e che però ha sottoposte siffatte donazioni a regole diverse e alcune volte contrarie a quelle che dirigono le materie di diritto totalmente privato, e di proprietà reale. È per conseguenza che sulla materia delle donazioni si dee argomentare nella stessa guisa che si argomenta sulle materie soggette agli statuti personali e civili.

§. 34. *Conferma.*
Della natura e della competenza dei diritti civili, e degli statuti personali. Applicazione alle donazioni fra vivi.

E perchè voi non abbiate a disputar meco se io applichi o bene, o male l'idea degli *statuti personali*, piacciavi di riflettere che tutto ciò che è oggetto immediato dei così detti diritti civili, tutto ciò che assolutamente ne dipende forma il *soggetto* proprio degli statuti personali.

(*a*) Locré esprit du Code Civil lib. I, tit. I, cap. II, n. 2.
(*b*) Ibid. pag. 281.

A ciò non osta che i diritti stessi regolino o dirigano anche il corso dei beni: perchè sebbene il soggetto loro materiale, e sul quale si applicano siano i beni, e per questo lato appariscano reali, ciò non ostante il *diritto in se medesimo*, ossia la facoltà regolatrice essendo di spettanza civile, ed una *attribuzione* della legge, ossia dell'autorità del legislatore, essa trae necessariamente le cose stesse, e i diritti dipendenti sotto la competenza dello statuto personale.

Così ogni volta che si è disputato dello stato civile, e delle *capacità* che egli attribuisce, il principale oggetto è stato il diritto sì attivo che passivo di succedere (Nota XI), benchè considerato questo diritto in se medesimo apparisca reale, perchè versa meramente sul corso dei beni reali fra privati.

In breve le denominazioni di capacità, e di diritto civile, e di statuto personale presentano la stessa cosa sotto due relazioni. Se considerate l'oggetto quanto alla facoltà del legislatore, e quanto alla distinzione delle leggi d'un ordine da quelle di un altr'ordine, voi fate valere la denominazione di statuto personale. Se poi considerate i diritti che queste leggi attribuiscono, e le persone a cui si applicano, voi fate valere la denominazione di diritti civili; dimodochè i diritti civili formano la materia propria degli statuti personali, e gli statuti personali racchiudono il complesso dei diritti civili. Per la qual cosa ogni volta che la legge dichiara che un tale e tal altro diritto è di ragion civile, o è dipendente dallo stato civile, o almeno dalla *personalità* civile, essa perciò stesso dichiara che quel diritto cade sotto la competenza degli statuti personali.

Affine di confermare quel che dico coll'autorità stessa positiva, vi prego di osservare la promiscuità delle denominazioni che su di questo punto incontriamo nella nuova giurisprudenza.

« *Le droit civil* (dice il Tribuno Gary al Corpo Legi-
« slativo) qui est le droit propre à chaque nation, et qui
« la distingue des autres c'est celui qui régle les successions,

« les mariages, les tuteles, la puissance paternelle, et gé-
« néralement tous les rapports ENTRE LES PERSONNES. » (*a*)

« S'agit-il des lois ordinaires (dice un altro Oratore) on
« a toujours distingué celles qui sont relatives à *l'état*, et à
« la *capacité des personnes* avec celles qui réglent la dispo-
« sition des biens. Les premières sont appellées *personnelles*,
« et les secondes réelles. » (*b*)

Ora domando, le leggi relative allo stato, ed alla capacità delle persone hanno forse altro oggetto che i diritti stessi civili? Postochè ci vien detto che il diritto *civile* regola generalmente tutti i rapporti *fra le persone*, si può egli trovare differenza fra gli statuti personali, e gli statuti che attribuiscono e dirigono i diritti civili?

Ora domando se sia vero o no, che la stessa legge abbia dichiarato che la facoltà di trasmettere, e di ricevere a titolo di *donazione* fra vivi sia di diritto civile, anzi sia in se stesso veramente *un diritto civile*, e lo abbia assolutamente sottomesso alle regole dei diritti civili, e personali a differenza dei diritti reali, sui quali statuì contemporaneamente in una diversa maniera?

L'art. 22 del Codice Napoleone dispone quanto segue:

« Le condanne a pene, l'effetto delle quali è di privare
« il condannato da ogni partecipazione AI DIRITTI CIVILI
« SPECIFICATI IN APPRESSO, producono la morte civile ».
Fra questi diritti civili specificati in appresso si legge o no la facoltà di *disporre in tutto* o in parte PER DONAZIONE FRA VIVI, e di ricevere per LO STESSO TITOLO? Leggasi l'art. 25. Questa facoltà non è forse posta in comune con quella di

(*a*) Discours prononcé an Corps Legislatif par le Tribun GARY l'un des orateurs ehargés de présenter le veu du Tribunat sur la loi relative à la jouissance et à la privation des droits civils - Seance du 17 Ventose an. XI.

(*b*) Discours dn Conseiller d'Etat Portalis au Corps Legislatif dans la Seance du 4 Ventose an. XI. sur la loi relative à la publication aux effets et à l'application des lois.

testare , e di succedere per causa di morte ; di quella d' essere tutore , testimonio , litigante , sposo ?

Non è forse vero che la ragione di questa privazione deriva dalla privazione della *personalità civile?* (V. §. 33 pag. 84). *Quia personam non habent?* Dunque consta evidentemente per disposizione formale del legislatore che il diritto attivo e passivo delle donazioni è puramente *civile ;* e quindi di stato e di ragion civile e personale. Dunque la materia delle donazioni fra vivi è di spettanza degli statuti personali , e regolata dalla forza , e dall' autorità degli statuti personali.

Ciò posto « Siccome voi dite , il cambiamento e le mo« dificazioni delle qualità personali dipendono dal potere « del legislatore che si decide dietro l'*ordine* delle cose, ed « i *bisogni della società* , ed è quindi evidente che lo stato « degli uomini è sempre *condizionale* ed incerto per l' av« venire , *non può mai dirsi* che rispetto alle nuove *condi« zioni* imposte da tali leggi allo stato medesimo esse ab« biano *effetto retroattivo.* » (*a*) Così non potrà mai dirsi che la legge della riduzione delle donazioni fra vivi anteriori alla nuova quota disponibile stabilita dal Codice Napoleone abbia un effetto retroattivo , appunto perchè consta indubitatamente dalla legge che la facoltà attiva e passiva delle donazioni fra vivi è un diritto totalmente civile e personale *attribuita dalla sola legge* , e tutta dipendente dalla disposizione della sola legge ; in breve, essa è un diritto assolutamente civile , intieramente regolato dalle disposizioni riguardanti le capacità e lo stato civile.

Per la qual cosa si può solidalmente conchiudere che il Codice stesso Napoleone ha eminentemente dichiarato che colla riduzione da me pretesa non si verifica *retroazione* alcuna , postochè ha dichiarato che la ragione delle donazioni è di diritto puramente civile , ed ha statuito su di essa in

(*a*) Decisioni nella causa Morando e Melotti pag. 26. (Nota XII).

conseguenza di questo principio, e postochè lo stato di fatto della quistione non presenta un affare consumato che valga ad arrestare l' applicazione della legge medesima.

§. 35. *Prova del terzo e quarto punto di ragione.*

Dopo tutte queste osservazioni resta quasi superfluo che io passi a dimostrarvi il terzo e quarto punto di ragione da me sovraproposti. (§. 30) Nel terzo io vi dissi che la legge ha statuito sempre sulle donazioni fra vivi nella stessa maniera e collo stesso contesto con cui statuisce sugli atti, ossia sulle liberalità *causa mortis*. Per provar ciò, io non ho bisogno che di inviarvi alle disposizioni sullo stato civile (*a*), sulle collazioni (*b*), e al titolo delle donazioni fra vivi e dei testamenti (*c*).

Nella serie per altro di questi articoli, nei quali il legislatore tratta la facoltà di donare come quella di testare, lasciando che la *differenza* fra l'una e l'altra maniera di disporre venga sentita dai soli privati, io vi prego a por mente all' art. 846. In esso si dice che « Il Donatario che non era « erede presuntivo al tempo della donazione, ma che si « trova in istato successibile allora quando s'apre la succes- « sione, *deve egualmente conferire*, quando il donatore non « l' avesse dispensato ». Io vi domando quali sieno le circostanze, e i rapporti che quest'articolo presenta alla vostra considerazione?

Qui veggo dapprima una donazione perfetta fatta dal padrone d' un patrimonio ad uno che non è erede presuntivo. Dopo veggo che il donatario diviene erede; allora è obbligato per l'interesse dei coeredi chiamati dalla legge a conferire la donazione, ossia a porre le cose donate nel cumulo della sostanza del defunto, e di dividere la eredità

(*a*) Art. 25.
(*b*) Art. 843 all' 870.
(*c*) Art. 893 e seg.

cogli altri. La sua donazione anteriore non lo sottrae da questa operazione ma si esige una positiva dichiarazione del defunto. La nuova qualità di coerede di cui egli vuol valersi importa questa novazione. Ma supponiamo che dopo le indagini fatte risulti che la donazione fra vivi anteriormente da lui ricevuta non ecceda la quota disponibile; non sarà egli vero che in forza del contratto dovrà il donatario ottenere intatta la sua donazione? Essa non offende punto la legittima. Essa d' altronde al momento della successione non era più nel patrimonio del defunto: essa n' era sortita irrevocabilmente. La perfezione e l' irrevocabilità del contratto non deve forse valere qualche cosa agli occhi del legislatore?

Tutte queste cose, egli risponde, nulla valgono per me allorchè si tratta di considerare l'affare in comune cogli altri coeredi della legge. La donazione anteriore comunque perfetta svanisce per dar luogo alle leggi dell'eguaglianza nella successione. L' atto privato dell' uomo in questa materia è uno zero per me, allorchè si mescola colla materia delle successioni necessarie.

Ma perchè almeno (risponde il donatario) non dovrò ottenere a titolo di *precipuo* la cosa donata allorchè non ecceda la quota disponibile? Forsechè il defunto stretto da tutti i vincoli delle successioni legittime non ha il diritto di lasciare la quota disponibile a titolo di precipuo? Se egli ha questo diritto, se un sol suo cenno basta per esercitarlo; con quanta maggior ragione non dovrò io conchiudere di avere per me il favore di questo precipuo, e quindi di essere dispensato dal far cadere sotto divisione le cose da me acquistate per mezzo d'un anteriore contratto irrevocabile fra vivi che non offende in conto alcuno la legittima?

Questo argomento non val niente, dice il legislatore, allorchè dappoi tu acquisti la qualità di erede dalla legge. Da quel momento la donazione anteriore si scioglie per dar luogo alle sole ragioni della successione legittima; e si scioglie di maniera che non ritiene nemmen più il carattere di prelegato. Da quel momento il donatario fatto eguale agli

altri coeredi deve avere una dichiarazione espressa di *dispensa* da collazione se vuole sottrarre le cose anteriormente donate dal cadere nella divisione comune.

Che cosa è dunque agli occhi del legislatore, e rispetto alla facoltà sua legislativa questa anteriore, perfetta, ed irrevocabile donazione, allorchè si tratta di combinarla coll' interesse delle successioni? Essa non è altro che un *legato*.

Da tutto il fin qui detto pertanto risulta manifestamente che il legislatore ha *nell' ordine legislativo* considerata la facoltà di disporre e di ricevere per titolo di donazione fra vivi, come la facoltà di disporre *causa mortis*, e però esso non potè, come non può in tale facoltà incontrare resistenza maggiore di quella che incontrar si può nelle ordinazioni tutte fatte *causa mortis*.

Dunque la sua legge non può soffrire contrasto maggiore di quello che possa soffrire nelle disposizioni medesime *causa mortis*.

Sul quarto punto di ragione, cioè che la facoltà di succedere o per volontà dell' uomo, o per disposizione della legge, e quindi che il diritto della legittima sia assolutamente civile, e di ragione totalmente personale annessa allo stato civile, non mi occorre di far parola, sì perchè ciò è troppo manifesto da tutto il tenore delle leggi, e sì perchè nelle cose sopra allegate ciò è stato abbondevolmente dimostrato.

Solamente fo osservare qui, che considerando una donazione fra vivi in tutte le persone che possono avervi interesse, e ne' rapporti che la legge vi fa entrare, noi scopriamo che essa è di diritto assolutamente civile e personale rispetto al donatore, rispetto al donatario, e rispetto al legittimario; dimodochè l' autorità legislativa incontra dappertutto capacità della stessa natura, e quindi diritti egualmente pieghevoli alla ragion legislativa, e alle riforme che a lei piacesse introdurre prima che un affare sia altrimenti consumato.

§. 36. *Prova del* 5.° *punto. Predominio della legittima sulle donazioni.*

Vi ho per quinto punto esibito di provare che il diritto alla legittima fu considerato dal legislatore come *assolutamente prevalente* a quello di disporre per via di donazione a modo che questo debba sempre *servire* a quello.

Che questa fosse la sua volontà allorchè proclamò, e mantenne in vigore il diritto comune, voi l'avete già veduto di sopra (§. 24 pag. 60, 61.)

Che questa poi sia stata ancora la sua volontà nel formare il nuovo Codice, voi lo potete rilevare dalle disposizioni stesse del Codice (*a*), illustrate dai rispettivi motivi, in cui leggiamo quanto segue.

« La *legittima* in linea diretta è stimata tanto *necessaria* « *nell' ordine sociale*, che per adempiere alla medesima « *tutte le donazioni fra vivi* SONO RISOLVIBILI; tutte csti- « mansi fatte colla condizione che la legittima non possa « alterarsi. » (*b*)

Cercate voi il motivo di questa prevalenza e di questo predominio? La stessa voce vi risponde « Les père et mère, « et les enfants ont entre eux des devoirs qui doivent être « remplis de *préférence* à des simples liberalités. L'accomplis- « sement de ces devoirs est la *condition tacite* sous laquelle « ces liberalités ont pu être faites ou acceptées; et dans le « cas même où les donations n'auraient pas, lorsqu'elles ont « été faites, excédé la quotité disponible, les donataires ne « seraient point par ce motif préférables à des heritiers di- « rects, s'il s'agit pour les premiers d'un pur bénéfice, et « pour les autres d'un patrimoine nécessaire. La diminution « survenue dans la fortune du donateur ne saurait même

(*a*) Articolo 913 al 930 inclusive e altrove.
(*b*) Discussione del Codice Civile nel Consiglio di Stato, seduta del 30 Nevoso anno 11. Della porzione disponibile tom. 4 pag. 341 edizione di Mantova.

« être presumée l'effet de sa malveillance envers le do-
« nataire. »

« Ce sont ces motifs qui ont fait regarder comme indi-
« spensable de faire comprendre dans la masse des biens sur
« les quels se calcule la quotité réservée par la loi ceux qui
« auraient été données entre vifs. » (*a*)

In forza di questa prevalenza e predominio della legittima sulle donazioni, il legislatore non volle che a fronte degli eredi presuntivi della legge i beni donati passassero coll'atto di donazione in *assoluto dominio* del donatario, ma rimanessero presso di lui come in una specie di deposito provvisionale finacchè il legittimario non fosse soddisfatto intieramente della sua legittima: lochè in altri termini significa che il donatario durante la vita del donatore non ha, rispetto al legittimario, verun dominio sui beni donati, ma veste la figura di semplice legatario favorito da una liberalità col carico di renderla o in tutto o in parte al legittimario, nel caso che questi non la ritrovi in tutto o in parte nel patrimonio del defunto. Ne volete la prova? Leggete gli articoli 920 e 929 del Codice Napoleone « Le disposizioni
« tanto fra vivi, che per causa di morte, le quali eccede-
« ranno la porzione disponibile, saranno riducibili alla detta
« quota *al tempo in cui si apre la successione*. Gli immo-
« bili da ricuperarsi in conseguenza della riduzione saranno
« *liberi da ogni debito, od ipoteca* contratta dal donatario.

È manifesto o no che i beni donati durante la vita di un padre sono all'apertura della successione del donante soggetti a ricupera? Dunque fino alla morte del donatore non furono fermi nelle mani del donatario. Ma se vengono ricuperati liberi da ogni debito, od ipoteca contratta dal donatario medesimo: dunque è manifesto che nell'*intervallo* essi non furono mai nel privato dominio del donatario, ma fu-

(*a*) Exposé des motifs de la loi relative aux donations entre-vifs et aux testaments par le conseiller d'état *Bigot-Preameneu*; seance du 2 Floreal an. 11.

rono considerati come eventualmente soggetti alla pertinenza di un terzo; e però non suscettibili d' un aggravio di proprietà assoluta per parte del donatario. Riunite questi estremi che cosa ne risulta? Risulta che dall' apertura della successione dipende così la proprietà del donatario sui beni donati, che egli o acquista tutta o parte della cosa, o deve in tutto o in parte restituirla all' erede della legge. Ora un uomo che acquista una cosa in modo che dalla morte del concedente dipenda il *dominio* o totale o parziale della cosa stessa, o la restituzione di tutta o di parte della cosa medesima ad un terzo, qual figura riveste? Ma stando le cose in quest' aspetto, dove trovate voi quel fiero ed indipendente diritto di proprietà assoluta *su tutto il patrimonio* donato, per cui appena fate grazia di piegare la fronte alla legge della legittima, o la considerate quasi come un rischio estraneo, e puramente accidentale al vostro acquisto? Sia pur vero che le cose donate non tornino più nel dominio del donatore (al che veramente si riduce la tanto vantata irrevocabilità), e che siano per sempre sottratte dal suo patrimonio, che importa a me? A me basta che non siano sottratte dal mio diritto, e che servano allo stesso, in modo che a fronte mia tutto sia paralizzato in voi, e dobbiate alla morte di mio padre ricevere la legge da me.

Forsechè il Codice Napoleone considerò la donazione fra vivi in una maniera diversa da quella di cui la considerano i Romani? Forsechè esso attribuì a siffatte donazioni un carattere primitivo differente? Ben lontano da ciò, esso anzi considerò quest' atto nella stessa maniera in cui lo considerarono i Romani, ed oso dire in una maniera più favorevole ancora per i donatarj, e ad esso attribuì la stessa irrevocabilità, sulla quale voi tanto fate punto « La donazione tra « vivi (dice l' art. 894) è un atto col quale il donante si « spoglia attualmente, *ed irrevocabilmente* della cosa do« nata in favore del donatario che l' accetta » *Dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti; et propter nullam aliam causam facit quam ut*

liberalitatem exerceat: haec proprie DONATIO *appellatur* (a).

Qui, come vedete, siamo in termini identici. Ora se posti questi termini non ripugna che la donazione a fronte della sua irrevocabilità sia soggetta e predominata dalla legittima nel modo che ora vedete; dunque risulta che tale irrevocabilità, ed ogni altro associato diritto di proprietà non è nelle donazioni fra vivi assoluto, ma puramente relativo. Esso si verifica fra il donatore, e il donatario; esso si verifica rispetto a terzi non privilegiati dalla legge; ma non si verifica più rispetto ai legittimarj. Quanto a questi la donazione riveste la natura d' un mero legato soggetto alla condizione della restituzione a favore loro, allorchè non trovino nel patrimonio del donatore la quota assegnata loro dalla legge. La alienazione irrevocabile è l' opera dell' uomo verso tutto il mondo. Il legato è l' opera del legislatore verso il solo legittimario. Lasciate che ognuno operi nella sua sfera, nè vogliate con un eccesso di potere torcere l' autorità dell' uomo contro l' autorità del legislatore.

So, che a voi basta di sottrarvene; ma quando esistono eredi presuntivi della legge, voi lo tentate invano.

Al tempo della donazione fattavi da mio padre il legislatore considera l' esistenza di siffatti eredi, egli la considerò pure alla loro morte; e questo stesso legislatore, che nel mantenere allora la legge romana non altro intendeva che di manifestarvi la propria volontà, intese sempre che nell' atto che voi divenivate un acquirente irrefragabile rispetto a tutto il mondo, voi diveniste rispetto a me un legatario particolare nel senso ora spiegatovi; e ritenne sempre rispetto a voi l' alto ed eminente *dominio* di accrescere come a lui piaceva il suo legato in favore mio fino alla morte del donatore.

Ciò bastar dovrebbe per farvi sentire che voi armate invano l' eccezione di retroazione, della quale voi accusate meno la mia domanda, che la disposizione stessa del Co-

(a) L. 1 dig. de donationibus. Julianus lib. 17 dig.

dice Napoleone nel caso che dovesse abilitar me a domandarvi il supplemento della mia legittima.

§. 37. *Spirito della legislazione romana intorno alla facoltà di disporre e di ricevere a titolo di donazione.*

Poco fa vi ho detto che il Codice Napoleone ha considerato il diritto di dare e di ricevere a titolo di donazione nella stessa guisa, in cui lo considerarono i Romani, ed anzi lo ha considerato in una maniera molto più favorevole per i donatarj. Questa mia asserzione risulta dalla lettura combinata di tutte le leggi romane, nelle quali si tratta di donazioni fra vivi. Dal loro complesso si rileva, che se vi ha materia, sulla quale le leggi romane di tutti i tempi abbiano esercitato un arbitrio il più assoluto, ed agito in una maniera del tutto diversa, o spesso opposta a quella che serbarono negli atti di privata proprietà, si è quella appunto delle liberalità per atto fra vivi sotto qualunque forma esse si presentassero.

1.° Se parliamo della *capacità* di trasmettere e di ricevere, essi non solamente la fecero dipendere dallo stato civile della persona, come prescrisse il Codice Napoleone; ma quel che è più, vollero in molte circostanze che fosse annessa alla onesta *condizione*, ed alle relazioni *morali* e di *pubblica decenza*, dimodochè rivocarono con molte leggi le donazioni fatte alle persone, nelle quali siffatte circostanze non si riscontravano.

2.° Se parliamo della loro *natura* esse non le pareggiarono ai contratti di privata proprietà, ma bensì ai legati salva qualche differenza; lochè era lo stesso che dire che il carattere predominante legale delle donazioni fra vivi era quello dei legati, colla sola differenza che la rivocazione doveva essere *motivata* = *Aliae autem donationes sunt quae sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas* INTER VIVOS *appellamus, quae non* OMNINO *comparantur legatis, quae si fuerint perfectae* TEMERE REVOCARI NON POSSUNT = dice l'Im-

peratore Giustiniano Instit. lib. II. tit. VII. Osservo di passaggio che tutte le leggi romane, che parlarono della pretesa irrevocabilità delle donazioni, ne parlarono sempre in relazione al donatore e al donatario, e mai in relazione al legittimario. Quanto a questo troviamo anzi il favore o della rivocazione, o della riduzione quando il loro interesse viene a conflitto colla donazione medesima; nè si adduce mai contro il loro diritto eccezione veruna.

3.° Se parliamo delle *condizioni*, e della misura, non solamente noi osserviamo che i Romani le limitarono quando si trattava della legittima dei figli, ma anche quando si trattava solamente d' una savia economia domestica e di ragioni di semplice convenienza. La prova di ciò noi la rileviamo dalla legge Cincia promulgata fino dal sesto secolo di Roma, dai titoli *de donationibus quae sub modo etc.* inseriti nella compilazione di Giustiniano, i quali, come osservò Cujaccio, alludono alla detta legge Cincia; dalle costituzioni e dai rescritti di diversi Imperatori inseriti nel titolo del Codice Giustiniano *de naturalibus liberis etc.*; e finalmente dalle Novelle di Giustiniano medesimo.

4.° Se finalmente noi consideriamo le donazioni medesime, e quanto alla ragione di succedere dei figli legittimi, e quanto al modo con cui il legislatore statuisce sulle medesime; noi rileviamo che egli, allorchè si tratta dell' interesse dei legittimarj, ben lungi di attribuire alle donazioni già fatte la irrevocabilità propria di un atto di privata proprietà reale, come sarebbe la compra e vendita, egli all' opposto non solamente rispetto a se medesimo non fa differenza fra le liberalità conferite per causa di morte, e quelle che si conferiscono fra vivi; ma quel che è più revoca ed annulla le donazioni medesime allorchè essendo fatte da un donatore privo di figli, egli abbia in seguito una prole che succede a lui, o quando il donatario usa atti di ingratitudine contro il donatore. Questa sola circostanza bastar dovrebbe a voi per convincervi che al *cospetto del legislatore* la ragione della donazione non si può in verun caso parificare alla ragione della vendita e della compra, nè a qualunque altro

contratto di competenza puramente reale, e privata; ma che si dee riguardare come cosa di puro *diritto civile*, e che la ragione della donazione è totalmente dipendente dai rapporti di famiglia che la legge rese prevalenti, nè volle mai delusi dalle semplici liberalità.

Ciò posto, se egli è vero che quando si tratta d'interpretare, e di applicare la legge conviene consultare la mente del legislatore risultante da tutto il tenore delle di lui disposizioni su una data materia; se egli è vero, secondo Ulpiano, che la mente della legge rettamente dedotta deve operare del pari che la lettera espressa e testuale della medesima, ne viene di necessaria conseguenza che secondo il diritto romano la facoltà legislativa di disporre sulla donazione, e sulla legittima si dee considerare della stessa forza ed autorità di quella di disporre sui matrimoni, le tutele, i testamenti, e su altre materie di ragione puramente civile, e personale; e per conseguenza si dee per essenziale e necessaria interpretazione intendere che la Novella 92, la quale ordina che i figli abbiano nella *distribuzione della eredità* ciò che loro tocca per legge, abbia assolutamente contemplata la porzione stabilita dalla legge vigente al tempo della morte del donatore, qualunque sia la sua misura, cioè sia identica o diversa da quella che era vigente al tempo della donazione. Questa intelligenza è così essenziale alla natura stessa della cosa, come all'intelligenza della parola *animale* è essenziale la facoltà di moversi da se medesimo.

SEZIONE IV.

ESAME DEL SECONDO FONDAMENTO DELLA ECCEZIONE DEI DONATARJ.

§. 38. *Pendenza della donazione rispetto alla legittima.*

Per ultima conferma della mia tesi io debbo osservare che in questo stato di cose non posso trovare verun pericolo di retroazione, poichè non trovo alcuno di quegli atti, i quali rendono consumato un affare specialmente a fronte d'una legge puramente civile, e di ragion personale, lochè mi conduce all'esame del secondo vostro fondamento. (V §. 25.)

Quando una donazione è semplicemente conchiusa, nè fu ancor aperto il diritto del legittimario colla morte del donatore, è troppo manifesto che per ciò che spetta alle ragioni del donatario e del legittimario l'affare non può essere invariabilmente regolato e consumato se non se al tempo della morte del donatore. (V. §. 26 al 30.) Dunque prima di detto tempo non può la legge trovare verun ostacolo alla piena sua esecuzione, perchè allora altro ostacolo non incontra che se medesima, ossia *la propria volontà.*

So che voi opponete l'autorità naturale del diritto di reale proprietà, cui fate operare nella donazione in conflitto dell'autorità della legge, come nelle compre e vendite; ma quest'ostacolo è svanito dopo che vi ho dimostrato che in materia di liberalità essa non ha luogo.

Eccovi adunque in contrapposto dei cardini fondamentali della vostra eccezione di retroattività un argomento che v'invito a sciogliere. O voi volete trarre il preteso vostro jus quesito contro di me dall'azione sola della legge, o dall'azione della legge combinata con quella del diritto di proprietà reale comune a' privati contratti. Nel primo caso

il vostro fondamento è vano perchè la legge non riconosce in se stessa *ostacolo alcuno*. Nel secondo caso il vostro fondamento è pur vano perchè supponete un' autorità di privato diritto reale, che non è riconosciuta nè dalla legge romana cui invocate, nè dal Codice Napoleone con cui vi volete difendere. Voi dunque coll' atto solo di donazione non avete mai acquistato prima della morte del donatore *verun diritto irrevocabile* in faccia al legislatore a non soffrire le detrazioni che a lui piacesse nell' intervallo di stabilire in favore dei figli; in breve il preteso vostro jus quesito contro di me è una chimera.

Rispetto a me poi vi dico che tanto l' una, quanta l' altra legislazione attribuendomi il diritto di ripeter sempre da voi ciò che la legge vigente al tempo della morte di mio padre mi attribuisce sulla di lui sostanza, nel caso che questa sia deficiente, voi non avete schermo veruno contro le mie ragioni.

SEZIONE V.

ESPOSIZIONE DELLE DICHIARAZIONI LEGISLATIVE A FAVORE DEI LEGITTIMARJ.

---

§. 39. *Spirito generale delle dichiarazioni legislative a favore dei legittimarj.*

Dietro questi principj ha parlato ed agito il legislatore stesso, coll' autorità del quale voi tentaste di respingere la mia pretesa. Quantunque la prova di questo punto estremo sia stata da me già indicata più sopra (§. 27, 34), cionnonostante io credo di dovere ripeterla qui con più esattezza e lume. La mia tesi si è che « in conseguenza della « natura puramente civile e personale della donazione, e « della legittima, e quindi dello stato *condizionale* di que- « sti atti prima della morte del donatore, e prima che

« l'affare sia invariabilmente regolato e consumato, me-
« diante convenzione o cosa giudicata, il legislatore stesso
« effettivamente ridotte in favore dei legittimarj assoluti le
« *donazioni anteriori* al Codice Napoleone validamente
« stipulata, alla misura posteriormente stabilita dallo stes-
« so Codice, le quali donazioni, come contratti di privata
« proprietà reale, avrebbero dovuto essere *irreducibili*,
« professando nello stesso tempo energicamente che con tale
« riduzione *non diede* alla sua legge verun effetto retroat-
« tivo. »

Questa tesi, come ognun vede, è di puro fatto, e non abbisogna che di occhi per essere provata. Veggiamo pertanto se consti della di lei verità.

Se consideriamo le due leggi transitorie sui figli adottivi e naturali, che cosa vi riscontriamo noi? (*a*)

Prima di tutto se domandiamo quali siano le *persone*, le quali sono in queste leggi costituite al cospetto del legislatore, e sull'interesse delle quali egli statuisce, noi ci avveggiamo tantosto che essi sono:

I donatori e padri.

I donatarj che qui sono i figli naturali, o gli adottivi.

I legittimarj assoluti e principalmente i figli legittimi.

Quanto ai primi due, la cosa è per se evidente. Quanto poi ai legittimarj assoluti se lo deduce dall'essenza stessa della disposizione che stabilisce la riduzione delle *disposizioni* fra vivi alla quota *disponibile* a termine del Codice Napoleone = *Sauf la reduction à* LA QUOTITÉ DISPONIBLE *aux termes du Code Napoléon.*

Questa riduzione secondo il Codice Napoleone quando si fa, e per chi si fa? Questa quota disponibile per qual titolo è fatta? Quando ha dessa luogo? Si leggano le disposizioni del Codice (*b*), e si troverà che tale quota e riduzione è

(*a*) Veggansi le due intiere leggi in fine nella nota a questo paragrafo.

(*b*) Art. 913 al 930.

tutta relativa ai legittimarj assoluti, ed è fatta a loro riguardo.

Consta adunque che i legittimarj furono qui contemplati dal legislatore, e che anzi la riduzione delle donazioni anteriori fu fatta in loro favore, e per il solo loro interesse.

La stessa osservazione si verifica pure per le donazioni fra vivi contemplate nella legge sui figli adottivi. Esse si ritengono ferme quando sono fatte *sans lésion de legitime d'enfant*; o per dirlo in altri termini = Si ne blessent la legiti« me des enfants que l'adoptant peut laisser = come spiegano i motivi annessi alla detta legge. (*a*)

Qui, com'è evidente, si parla di donazioni fatte ai figli stessi adottivi; e però in questa specie di fatto il donatore è il padre, i donatarj sono i figli adottivi, e i legittimarj sono gli altri figli che egli può lasciare. La legittima poi si è la quota stabilita dal Codice Napoleone. La donazione non è tenuta ferma se non quando non sia lesiva della quota medesima a loro riservata dal Codice istesso.

Ripigliando quindi tutto il contesto delle due leggi, ed esaminandole rispettivamente al punto della controversia, consta di fatto che in amendue

1.° Vi ha un donatore, un donatario, ed un legittimario assoluto, sui quali il legislatore statuisce.

2.° Che la legge statuisce sulle *donazioni fra vivi* fatte prima del codice Napoleone.

3.° Che in favore dei legittimarj riduce le dette donazioni alla quota disponibile stabilita dal codice medesimo.

4.° Che tale riduzione si fa prima che l'affare sia invariabilmente regolato e consumato con convenzioni, e giudicati fra le parti interessate.

(*a*) Discours du Tribun Boutteville, Seance du 22 Germinal an. 11.

§. 40. *Schiarimento sull' applicabilità delle citate leggi transitorie alla presente controversia.*

Prima di passare alla prova della seconda parte della tesi io debbo farvi avvertire che per voi dev'essere cosa indifferente che il *donatario* sia un figlio naturale, o legittimo, o adottivo, o anche uno straniero alla famiglia. Per voi bastar dee che sia un *uomo capace* a contrarre, ossia un uomo di mente sana, libero nelle sue deliberazioni, e non sottoposto a veruna interdizione: in breve, un uomo legalmente capace ad amministrare il fatto suo. Difatti voi nella vostra tesi supponete sempre questa sola generale capacità senz'altre distinzioni, perchè voi ragionate sulla sola *capacità di acquistare* a titolo di contratto ordinario, e nulla più. Qualunque sia poi il principio che piaccia adottare sulla capacità *di ricevere* a titolo di donazione, sarà sempre vero che questa capacità non è legata ai rapporti della *figliazione*, ma allo *stato comune* di cittadino, e però la differenza che esistesse fra i figli legittimi e naturali sarebbe inconcludente per indurre differenza di capacità fra donatarj, i quali d'altronde fossero rivestiti delle qualità *comuni* di cittadini italiani, ed avessero il pieno esercizio dei suddetti diritti. Ora è troppo chiaro che le dette leggi suppongono nei figli donatarj quest' *assoluta capacità*, e la suppongono tanto, che dichiarano per intangibile ogni altra convenzione, transazione, o cosa giudicata intervenuta fra di essi e i padri donatori (V. §. 26.).

So che voi mi opponete = che non solo l'art. 2 della « legge transitoria promulgata in Francia li 24 Fiorile « anno XI. non può sostenere l'assunto dei riservatarj, ma « serve invece ad abbatterlo, perchè (voi mi dite) quanto « è disposto per la riduzione delle disposizioni fatte ante« riormente al codice Napoleone ai *figli naturali*, il di cui « stato e diritti erano incerti, non può applicarsi giammai

« ai figli legittimi; poichè ove la stessa ragione non milita
« non può valere un' eguale disposizione di legge (*a*).

Ma vi prego ad osservare che io non fo uso della disposizione della detta legge per ciò che *spetta alla legittima* dei figli naturali dipendente dal loro stato incerto, ma bensì per ciò che spetta alla riserva dei FIGLI LEGITTIMI stabilita dal codice Napoleone. È vero che la legge statuisce e su l'una e su l'altra, ma io non argomento contro di voi in conseguenza della disposizione, e dei rapporti della legittima dei figli naturali, ma bensì sulla disposizione e sui rapporti della riserva dei *figli legittimi* contro le *donazioni* anteriori, dalle quali potesse essere diminuita la quota a loro riservata dal codice Napoleone. La vostra obbiezione dunque non riguarda la mia tesi; ma un'argomentazione che io non ho fatta mai. Per lo contrario postochè mi concedete che *dove milita* LA STESSA RAGIONE *deve valere un'eguale disposizione* di legge, conchiudo contro di voi che nella controversia nostra *milita la stessa ragione generale*, e però dee valere un'eguale disposizione di legge. Dico che milita la stessa ragione, postochè consta che in detta legge si tratta

1.° Di donazioni fra vivi anteriori al codice Napoleone fatte da' padri, a cui si suppongono figli legittimi.

2.° Di donatarj che aveano tutte le capacità di contrarre in ogni affare di privata proprietà.

3.° Di figli e legittimarj assoluti, a favor de' quali è stabilita la ordinaria riserva.

4.° Di riduzione delle suddette donazioni a favore dei legittimarj alla *quota disponibile fissata* dal codice Napoleone.

(*a*) Decisioni della Corte di Cassazione del Regno d'Italia nelle cause Morando, e Melotti pag. 74, 75.

§. 41. *Prova della seconda parte della tesi circa la retroazione.*

Il colpo, come vedete, è decisivo. Voi forse per evitarlo vi rifugierete alla meschina ragione, che il legislatore, il quale dispone per questi casi, ha indicato un bisogno di farlo; e però che la riduzione delle donazioni anteriori al Codice alla quota disponibile posteriormente stabilita non è per generale diritto applicabile agli altri casi.

Ma chi ha detto a voi che un legislatore non possa all'occasione di una legge semplicemente sviluppare ed applicare un principio generale? L'oggetto primario delle leggi suddette era lo stabilimento dello stato civile dei figli naturali, o adottivi fra due tempi anteriori al codice Napoleone. La riduzione delle donazioni cadde in detta legge *incidentemente*, e vi cadde per una giusta e semplice conseguenza del principio legislativo prima *adottato* nel formare il codice Napoleone, come ho già dimostrato (V. §. 34). Ora voi affermate gratuitamente, anzi falsamente, che nelle due leggi transitorie il legislatore ordinando la riduzione di cui parlo, e sotto i rapporti sovra espressi, abbia statuito in via di *eccezione*, o non piuttosto in via di mera conseguenza ed applicazione del suo principio generale già professato.

D'altronde ciò che importa alla presente quistione si è il sapere se colla *riduzione* suddetta egli abbia voluto o no far *retroagire* il codice Napoleone. Quando risulti, che nella specie di fatto sopra proposta egli non ha voluto farlo retroagire, consterà anche nello stesso tempo che la sua disposizione non è nè un'eccezione, nè un privilegio; ma altro non è che l'applicazione del suo principio generale; e però per ragione correspettiva risulterà all'evidenza che la riduzione suddetta si può per identità di rapporti e di ragione sempre eseguire senza pericolo di retroazione.

Ora domando se consti o no, che il legislatore abbia inteso qui di far retroagire la legge del codice Napoleone? Io vi rispondo francamente che no. Eccomi alla prova della seconda parte della tesi sovra proposta (V. §. 38).

Quanto alla legge su lo stato dei figli adottivi, ecco quello che fra molte cose trovo a proposito = Lorsque le gouver-« nement vous invite à reporter vos regards vers le *passé* « peut-être craindrez-vous, Tribuns, que les interêts qu'il « s'agit de régler ne soient deja plus du domaine du legi-« slateur, et qu'il n'y ait quelque vice de retroactivité dans « les dispositions qui vous sont proposées ? . . . Le legisla-« teur peut-il sans blesser la régle qu'il s'est si solennelle-« ment prescrite à lui même, sans encourir le reproche de « *retroactivité*, publier des dispositions qui se rapportent et « s'appliquent à des actes préexistents ? . . .

« Quelques points de fait qui ne peuvent être revoqués « en doute et les plus simples reflexions ont paru à vôtre « section, Tribuns, et vous paraîtront sans doute resoudre de « la manière la plus certaine les deux premières questions....

» Quelques reflexions jointes à ces faits ne permettent « pas des doutes serieux sur la necessité et la *retroactivité* « de la loi proposée ».

« *Les conventions qui touchent à l'état civil des hommes* « *ne tiennent pas leur efficacité toute entière de la seule* « *volonté des individus qui agissent, ou contractent; elles* « *ne* l'obtiennent que du concours de ces volontés ET DE LA « PUISSANCE PUBLIQUE . . . .

« Si l'adopté veut conserver les avantages de l'adoption, « que ses droits AIENT ÉTÉ RÉGLÉS soit de la part de l'ado-« ptant par des DISPOSITIONS ENTRE VIFS ou testamentaires « soit entre l'adopté et les heritiers de l'adoptant par des « transactions ou des jugements passés en force de chose « jugée, il n'est pas plus douteux encore que tous ses actes, « *si aucuns NE BLESSENT LA LEGITIME DES ENFANTS QUE* « *L'ADOPTANT PEUT LAISSER*, ne doivent conserver toute « leur force et recevoir leur execution. L'article 3 du projet « prend soin de les leur assurer » (*a*).

(*a*) Discours du Tribun Bouteville sur la loi relative aux adoptions faites avant la publication du titre VIII. du Code Civil. Seance du 22 Germinal an XI.

Quanto poi alla legge sui figli naturali = Je viens, le- « gislateurs, (dice l'oratore del Tribunato al Corpo Legi- « slativo) de vous rappeller les reflexions qui ont determiné « l'assentiment du Tribunat pour le projet de loi. La que- « stion de savoir s'il y *avait ou non* RETROACTIVITÉ a été « une de celles qui a le plus scrupuleusement examinées et « le PROJET DE LOI N'A PAS PARU LUI EN PRESENTER. Ainsi « que vous il ne perdra jamais de vue le grand principe tu- « telaire qui vient d'être gravé sur le frontispice du Code « Civil que la loi ne *dispose que pour l'avenir*, qu'elle n'a » point d'effet retroactif ».

« Ainsi en accordant votre sanction au projet de loi en « même temps que *vous serez à l'abri du reproche de re-* « *troactivité* : vous aurez concilié ce qui était dû à la societé « et aux individus, vous aurez honoré le mariage et protegé « les moeurs » (*a*).

Da questi motivi pertanto consta evidentemente che sì nell'una, che nell'altra legge il legislatore non solamente non ha avuta intenzione di far retroagire la legge, ma anzi ha voluto astenersene, ed ha dichiarato espressamente di essersene astenuto.

Ma dall'altra parte è pur certo che in grazia dei legittimarj assoluti ha ridotte le donazioni anteriori al codice Napoleone alla quota disponibile stabilita dal codice medesimo. Dunque consta evidentemente che tali donazioni sono *riducibili* alla quota suddetta *senza pericolo di retroazione.*

Dunque anche nelle cause fra i legittimarj e i donatarj, nelle quali si contempla lo stato nostro di questione (§.7), tali donazioni si potranno, e dovranno ridurre alla quota disponibile dal codice medesimo, senza tema di retroazione

(*a*) Discours prononcé au Corps Legislatif par le Tribun GRENIER l'un des orateurs chargés de presenter le voeu du Tribunat sur la loi relative au mode de reglement de l'état et des droits des enfants naturels dont les pères et mères sont morts depuis la loi du 12 Brumaire an 2 jusqu'à la promulgation du Code Civil sur la paternité et la filiation et sur les successions. Seance du 14 Floreal an XI.

= *Quod Principes censuerint, ea quæ in certis negotiis statuta sunt* similium *quoque causarum fata componere* (*a*).

§. 42. *Decisione in termini della Corte di Cassazione dell' Impero Francese.*

Bramate voi finalmente una decisione giudiziaria autorevole, mercè la quale venga definita la quistione fondamentale se la riduzione d'una donazione fra vivi si debba eseguire applicando la legge vigente al tempo in cui fu fatta, o la legge vigente alla morte del donatore? Voi l'avete nella causa LABARRE contra SAMSON decisa non in via di rejezione di ricorso, ma in via di cassazione il 22 Agosto 1810 dalla Corte di Cassazione dell'Impero Francese (*b*).

I principj e i motivi, le conclusioni tanto del Ministero pubblico, quanto di quella rispettabile Corte sono diametralmente opposti ai vostri, e totalmente conformi ai miei.

Ivi si trattò d'un atto che si poteva considerare una donazione fra vivi fatto sotto l'impero della legge 17 nevoso anno 2.° Prima della morte della donatrice sopravvenne la legge 4 germinale anno 8.°, e la donatrice morì sotto l'impero di questa legge. Le sorelle della defunta si trovarono eredi necessarie, ossia legittimarie. La legge non permetteva alla donatrice di disporre oltre la metà della sostanza a pregiudizio di dette coeredi. Queste erano pure chiamate dalla legge antecedente, ed autorizzate da quella a far annullare ogni atto, col quale il coerede ottenesse qualunque *vantaggio* capace di alterare l'eguaglianza perfetta fra tutti i coeredi.

Ciò stante, usando esse della legge vigente al tempo della supposta donazione, ne pretesero finalmente avanti alla Suprema Corte l'applicazione.

« L'acte litigieux (dicevano esse) n'ayant pas le cara-

(*a*) L. 3 Cod. de legib. et constitut.

(*b*) V. Recueil général des lois, et arrêts de Sirey. Tom. X. an 1810 part. I pag. 371, 372.

« ctère d'une disposition à cause de mort, s'il était une do-
« nation deguisée se trouvait être une *donation entre vifs*
« ou en avait l'effet. Or relativement à une *donation entre*
« *vifs*, ou à tout acte assimilé à une donation entre vifs *la*
« *quotité* disponibile n'est elle pas determinée par la *loi*
« *existente à l'epoque de l'acte même?*

Domando se qui voi leggete o no la vostra prima tesi?

Ora veggiamo che cosa concluda il Ministero pubblico su di questo punto. « Il a pensé . . . . que une réserve « devait être determinée d'après les lois existentes à L'EPO- « QUE DU DÉCÈS; qui ainsi en supposant que le contrat eût « couvert un don, il y aurait lieu à reduction non à annul- « lation ».

Quale fu la decisione della prelodata Corte di Cassazione? Eccola per intiero.

« La Cour après en déliberé en la Chambre du Conseil.
« — Vu les articles 9 et 26 de la loi 17 nivose an 2 et l'art. 3.
« de celle du 4 germinal an 8.

« Et attendu que si l'on considère l'acte du 4 vende- « miaire an 7 comme une vente il n'était pas nul; puisqu'au- « cune loi ne se serait opposée à son execution ».

« Que si on la considère, au contraire comme une dona- « tion déguisée par l' interposition de la personne du Sieur « Labarbe, devenu depuis le mari de la Demoiselle Ange- « lique-flore Bréant, cette donation *n'aurait été que redu-* « *ctible* ».

« Qu'en effet la loi du 17 nivose an 2 n'établissait pas « une incapacité absolue dans la personne d'un co-successi- « ble, mais annullait seulement pour le maintien de l'egalité « l'avantage fait à l'un des heritiers au prejudice de l'autre».

« Que le droit de ceux-ci n'a pu *prendre naissance* qu'à « l'instant *du décès* de la Dame veuve Samson, et *tel que le* « *fixait alors* la loi 4 germinal an 8 (*a*), qui ne prononçait

(*a*) Questa legge, come ho avvertito, non è la legge vigente al tempo del contratto, ma la posteriore vigente al tempo della morte della donatrice.

« en leur faveur, que une *réserve* de moitié des biens de la
« donation; que s'il eût été justifié *que cette réserve legale*
« *eût été entamée*; *l'avantage* pretendu fait indirectement à
« la Dame Labarbe AURAIT ÉTÉ REDUCTIBLE D'APRÈS CETTE
« LOI; mais il n'aurait pu être anéanti en entier; la Dame
« Labarbe pouvant retenir par l'effet d'une donation indi-
« recte la quotité des biens dont elle aurait pu être avanta-
« gée directement;

» Qu'ainsi il y a sous ce rapport fausse application des
« articles 9, et 26 de la loi du 17 nivose an 2, et contraven-
« tion à l'article 3 de la loi du 4 germinal an 8. — Casse du
« 22 Aôut 1810. — Cour de Cassation section civile ».

Io vi domando che cosa vi presenti questa decisione sul punto controverso fra di noi?

1.° È vero o no che qui si considera il caso d'una donazione fra vivi fatta sotto l'impero d'una legge anteriore da una persona morta sotto l'impero d'una legge posteriore?

2.° È vero o no che in concorso degli eredi della legge, questa donazione vien riconosciuta in massima *riducibile* tanto in forza della legge esistente al tempo del contratto, quanto in forza della legge vigente al tempo della donazione; come appunto le donazioni inofficiose o lesive della legittima sono in massima riconosciute riducibili tanto in forza del diritto romano, quanto in forza del codice Napoleone?

3.° Ma poste queste due leggi, è vero o no che la Suprema Corte suddetta dichiara che nel caso che la detta donazione fosse stata lesiva della *nuova legittima*, essa sarebbe stata riducibile *secondo la nuova legge*, e non secondo la legge anteriore vigente al tempo in cui fu convenuta la donazione?

Vi ha nulla di più positivo, e di più conforme col mio assunto? La ragion fondamentale non è forse la medesima che io ho adoperato nella prima disputa con voi? La mia petizione contro di voi contiene forse altro che quello che vien qui dichiarato dalla Suprema Corte dell'Impero Francese?

Voi forse mi potrete citare decisioni, colle quali fu *negato* di ridurre donazioni anteriori al codice Napoleone, a motivo specialmente che il petente la riduzione non vestiva al tempo della donazione il carattere semplice ed assoluto di legittimario. Ma questo contrapposto sarebbe totalmente incompetente. Voi abbisognate per la presente quistione non di decisioni, colle quali siasi *negato* di ridurre donazioni anteriori al codice Napoleone, ma bensì di decisioni colle quali siano state ridotte tali *donazioni, applicando la legge esistente al tempo* in cui furono contratte, a preferenza della legge vigente al tempo della morte del donatore. Di queste propriamente avete bisogno contro di me, e non di quelle; poichè voi concedete a me in qualità di legittimario assoluto il diritto di riduzione e solamente lo volete esercitare *a termini delle leggi anteriori* (*a*).

Contentatevi dunque in questa materia di porre per confine delle innovazioni del codice Napoleone ciò che Giustiniano pose per confine ai suoi (*b*), e quindi usate senza tema della legge del nuovo Codice, conchiudendo colle parole di Giustiniano = *Nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus quia et eis hoc Majestas Imperialis permisit* (*c*).

(*a*) V. pag. 47.

(*b*) Cioè le convenzioni o transazioni, o le cose giudicate. Vedi la nota a questo §.

(*c*) L. 12 Cod. de leg. et constit.

NOTE

Nota I. al §. 2 pag. 3.

La prova di ciò che fu asserito nella prima parte di questo paragrafo risulta dagli art. 920, 923 e 930 del Codice Napoleone. Eccoli per intiero:

« Le disposizioni tanto fra vivi, che per causa di morte, « le quali eccederanno la porzione disponibile, saranno ri- « ducibili alla detta quota al tempo in cui si apre la suc- « cessione. «

« Non vi sarà mai luogo alla riduzione delle donazioni « fra vivi che *dopo avere esaurito* il valore di tutti i beni « cadenti nelle disposizioni testamentarie, e qualora vi sarà « luogo a questa riduzione, essa si farà cominciando dal- « l'ultima donazione, e così successivamente risalendo « dalle ultime alle più antiche. »

« L'azione per la riduzione, o per la rivendicazione « potrà promoversi dagli eredi contro i terzi detentori de- « gli immobili formanti parte delle donazioni, ed alienati « dai donatarj nella maniera medesima, e collo stesso or- « dine che si potrebbe proporre contro i donatarj medesimi, « previa l'escussione dei loro beni. »

Questi articoli servono di norma ai legittimarj che promovono la loro azione in forza del Codice Napoleone, tanto se la donazione è precedente, quanto se è susseguente al Codice medesimo. La difficoltà che si oppone, allorchè si tratta d'una donazione precedente, non cade sull'azione del legittimario, ma sulla *eccezione* del donatario, in quanto egli oppone al legittimario un LIMITE alla *detrazione* della nuova quota; perciocchè egli fa contrastare la maggior porzione disponibile della vecchia legge, e l'acquisto fatto della medesima contro la *misura* della nuova legittima cui il legittimario pretende di detrarre.

NOTA II. al §. 6 pag. 9.

De immensis donationibus in filios factis.

NOVELLA CONST. XCII.

Imp. Justin. August. Joanni glorïosis sacrorum per Orientem praetoriorum Praefecto, iterum ex-Consuli ordinario et patricio.

PRAEFATIO.

Dudum de falcidia et illius parte decrevimus, augentes eam non ignobili incremento, quod enim nimis inaequale est, non valde placet nobis, sed oportere quidem praeponi filios, quos pater voluerit, non tamen in tantum minui aliis, ut importabilis sit eis imminutio.

CAP. I.

Posita igitur a nobis lege in sua virtute manente illud volumus ut si quis donationem immensam in aliquem aut aliquos filiorum fecerit necessarium habeat in distributione haereditatis tantum unicuique filiorum servare ex lege partem, quanta fuit priusquam donationem pater in filium aut filios, quos ea honoravit faceret. Sic enim nihil ulterius in donationibus quaerentur, qui habent quidem in omni substantia patris, quod legitimum est: in tantum autem aucta quantitate, quantum habuit substantia patris antequam donationibus exhauriretur non valentibus filiis qui donationibus honorati sunt, dicere contentos se quidem esse immensis his donationibus, videri autem abstinere paterna haereditate: sed neque cogendis quidem si contenti sunt donationibus, suscipere haereditatem: necessitatem autem habentibus omnibus modis complere fratribus quod haec defert, secundum quam scripsimus mensurarum, ut non minus habeant

illi quam quod ex legibus eis debetur propter factam in donationibus immensitatem: dum liceat patri mediocriter sapienti circa omnem prolem, etiam iis qui ab eo potius diliguntur, donare aliquid amplius, et non ceteros filios per immensitatem in illos factam laedere, et nostram transcendere intentionem. Et haec quidem nostra ab initio cogitatio fuit, differentes autem illud dudum, et humanarum experti animarum, quoniam videbamus eos in hujusmodi passionibus labefactari, atque descendere, propterea nunc augmentum illi legi hoc facimus §. 1. Haec itaque dicimus de filiis gratis existentibus eis, non de ingratis, et quibus pater justam et legitimam ingratitudinem infert; nam si hoc ita se habere apparuerit, et approbentur ingratitudinis causae sint ea quae in lege de ingratis posita sunt rata: nihil hac nostra legislatione minuenda.

EPILOGUS.

Quae igitur placuerunt nobis, et per hanc sacram nostram declarata sunt legem, tua celsitudo operi effectuique tradere festinet.

Da questa Novella, combinata colle altre leggi, fu ricavata la giurisprudenza detta di *diritto comune* risguardante *l'azione della legittima sulle donazioni.* Questa si legge nella nota VII. Prego i Lettori che non l'avessero presente a consultarla per ben intendere la forza, ed il giuoco della controversia.

NOTA III. al §. 7 pag. 11.

La definizione della donazione fra vivi sì pura condizionata, che qui si adduce, è esattamente quella del diritto romano. La prima fu testualmente allegata alla pagina 94 di quest' opera, a cui corrisponde anche quella addotta nell' articolo 894 del Codice Napoleone, che fu pure ivi trascritta.

Ad ogni modo credo acconcio di presentare l' aspetto unito della donazione suddetta, sì pura che condizionale, quale si trova nel diritto romano. Se le buone definizioni sono indispensabili nell' esporre una dottrina, molto più esse lo sono in una controversia.

Donationis verbum simpliciter loquendo omnem donationem complectitur sive mortis causa, sive non mortis causa.

L. 67 §. 1 dig. de donat.

Ulp. lib. 76 ad edictum.

Donatio autem proprie sumpta strictiorem habet significationem: dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat; haec proprie DONATIO *appellatur.*

Dat aliquis ut tunc demum accipientis fiat quum aliquid secutum fuerit non proprie donatio appellatur, sed totum hoc donatio sub conditione est.

L. 1 dig. de donat.

Nota IV. al §. 9 pag. 16.

Che secondo l' anteriore giurisprudenza la donazione, la quale considerata nel tempo in cui fu fatta, sarebbe stata inofficiosa o eccessiva, e quindi o rescindibile, o riducibile in fatto, avuto riguardo allo stato del patrimonio di allora, non viene più considerata come tale nel tempo in cui si può intentare la riduzione se lo stato del patrimonio siasi posteriormente aumentato; e però che la donazione anche riguardo alla sua *rescindibilità rimanga* in sospeso fino alla morte del donatore, nè prima di questo tempo si possa definitivamente stabilire la sua sorte, ce lo prova colle seguenti autorità, le quali attestano quali erano i principj di diritto vigenti su questo punto.

Donationem inofficiosam revocari cum dicimus, ita coerceatur nisi donatoris facultates in tantum postea creverint ut relicta portionem legitimam conficiant (hic cessat finis querelae, quae in l. 6 Cod. de inoff. donat.).

I inn. partition. jur. lib. 3 *c.* 31.

Pone quod pater donatione quadam consumpsit totum fere patrimonium, quae donatio inofficiosa foret si ex eo tempore esset computatio facienda, sed quia poterit evenire quod ex post adquirat donator unde legitimae filiorum satisfaciat, ideo DONATIO MANET IN SUSPENSO, *et expectatur mortis tempus, et si tunc appareant sufficientia bona, nihil curatur si tempore donationis inofficiosa fuerit. Omnino est incertum jus filiorum qui possunt praemori n.* 10. *Potest pater medio tempore inter donationem et mortem tanta bona adquirere ita ut inofficiositas cesset.*

CAROL. ANTON. DE LUCA *ad Gratian. disc.* 729 *n.* 9.

Quando ergo verificabitur quod judicandum non sit inofficiosa donatio, vel non debeat mortis tempus expectari? Eo modo quo Faber explicat def. ult. Cod. de inoff. don. Pone quod pater donatione quadam consumpsit totum fere patrimonium, quae donatio inofficiosa dicenda foret procul dubio si ex eo tempore esset computatio facienda. Sed quia poterit quod ex post adquirat donator ex quo in legitimis satisfaciat filiis etiam ex comparatione patrimonii quod donator habebat ante donationem, IDEO INTERIM MANET DONATIO IN SUSPENSO, *et expectatur mortis tempus; et si in illo appareant sufficientia bona, nihil curatur quod quando facta extitit donatio, si judicandum de ea tunc fuisset, inofficiosa dicenda foret. Sufficit enim quod tempore quo filii possunt petere suas legitimas, non deficiant bona ex quibus eis solvantur.*

FONTANELLA *d. pact. nupt. l.* 5 *gl.* 8 *p.* 2 *n.* 46.

Observa 2. *quod filius non potest intentare querelam inofficiosae donationis nisi post mortem patris quia ante non habet jus in legitima* SECUNDUM OMNES.

ANTONELLUS *de temp. leg. lib.* 2 *cap.* 61 *n.* 20.

Ad cognoscendum num competat querela inofficiosae donationis TEMPUS MORTIS *inspicitur; et ideo licet pater totam substantiam donaverit, tamen si postea plura bona adquisivit, non competeret querela inofficiosae donationis, etsi tempore donationis totum patrimonium exhausisset.*

Idem ibid. n. 20.

Da tutti questi passi consta che secondo la giurisprudenza, o il diritto comune vigente prima del Codice Napoleone era riconosciuto:

1.° Che il diritto dei legittimarj sulle cose donate nasceva, e si spiegava solamente al tempo della morte del donatore.

2.° Che affine di *conoscere e giudicare* se la donazione offendeva la legittima, si riguardava l'affare al tempo della morte *del donatore*; e ciò in conformità del disposto dalle leggi romane, che parlano nei seguenti termini. — *Non convenit dubitari quod immodicarum donationum omnibus querela ad* similitudinem inofficiosi testamenti legibus *fuerit introducta: ut sit in hoc actionis utriusque vel* una causa, *vel similis existimanda*, *vel* IDEM TEMPORIBUS, *et moribus* (a).

Ora secondo lo stesso Codice, qual è il tempo nel quale si può e dee determinare se un testamento sia o no inofficioso? Ecco la risposta — *Cum quaeritur an filii de inofficioso patris testamento possint dicere; si quartam bonorum partem* MORTIS TEMPORE TESTATOR RELIQUIT INSPICITUR (b).

Niuno ignora che sotto il nome di quarta prima di Giustiniano si intendeva la legittima; talchè per antonomasia la legittima si disegnava col nome di quarta.

Unendo dunque le due leggi risulta, che quando si domanda se una donazione si possa o no *ridurre*, per soddisfare alla legittima si dee aver riguardo *al tempo della morte*, e vedere se essa esista o no nel patrimonio del donatore al tempo della morte, senza che siavi in ciò differenza fra l'azione che s'intenta contro un testamento, e l'azione che s'intenta contro una donazione — *Ut sit in hoc actionis utriusque vel* una causa, *vel* similis *existimanda*, *vel* temporibus *et moribus* —

Il Sig. Grenier ha sentito quanto la disposizione di queste leggi sia fatale alla sua opinione, con cui sostiene che la

(a) L. 9 Cod. de inoff. donat.
(b) L. 6 Cod. de inoff. testamento.

riduzione far si debba, avuto riguardo al tempo della donazione, e non avuto riguardo al tempo della morte del donatore, e però si è immaginato che la Novella 92 abbia disposto il contrario (*a*).

Ma egli doveva prima di tutto distinguere il caso in cui si tratta di determinare se la donazione sia stata dapprincipio celebrata colla riserva voluta allora dalla *legge*, dal caso in cui si tratta di determinare se, come e quando sia *riducibile*. Questa distinzione è capitale, come si può vedere nella nota VII. Ora nel primo caso conviene certamente dopo la Novella 92 prendere in considerazione il tempo della donazione: ma nel secondo caso conviene prendere in considerazione il tempo della morte, e quindi osservare qual è la legittima che il padre lasciar doveva al tempo della morte, e detrarla dalla donazione. Certamente che i Giureconsulti, i passi dei quali abbiamo testè allegati in prova della Giurisprudenza vigente dopo la detta Novella 92, concordemente attestano il contrario di quello che afferma il Sig. Grenier. Con essi concorda pure quanto fu nel Consiglio di Stato esposto dal sommo Giureconsulto allora Console Cambaceres (*b*); talchè l' interpretazione del Sig. Grenier non solamente è lasciata a lui solo, ma quel che è più è contraria ai principj del *diritto comune* vigente prima del Codice Napoleone.

Per la qual cosa la sua osservazione si ritorce contro di lui. Egli in prima reca il passo della detta Novella 92, in cui Giustiniano fa menzione dell' obbligo che avranno i padri donatori di serbare la legittima in proporzione del patrimonio esistente al tempo della donazione. Qui finisce il passo allegato dal Sig. Grenier, nè passa più oltre alla operazione che Giustiniano prescrive di riunire il patrimonio già donato col lasciato per eseguire *in omnia substantia patris* il calcolo della legittima, lochè si fa solamente dopo la donazione, e dopo la morte del donatore; ma dice invece — Ici à la dif-« férence du testament justinien, pour la fixation de la lé-« gitime ne se rapporte pas à l'epoque de la mort ainsi que

(*a*) Repertoire de M. Merlin. V. Réserve sez. VI. art. VII.
(*b*) V. la pag. 60, 61.

« cela est dit dans la loi 6 *Cod. de inofficioso testamento.*
« Il entend qu'on s'arrête a ce qu'était la légitime au mo-
« ment de la donation » (*a*).

Qui, come ognun vede, il sig. Grenier riconosce che la legge 6 *Cod. de inoff. testam.* per la fissazione della legittima si riferisce al tempo della morte. Si noti che la detta legge ne parla per la querela di inofficiosità. Ma così è che la legge 9 *Cod. de inoff. donat.* prescrive, come testè si vidde, che si debba tener la stessa regola anche per le donazioni fra vivi. Dunque il sig. Grenier è costretto a riconoscere che la legge romana si riferisce al tempo della morte anche per la fissazione della legittima da dedursi dalle donazioni fra vivi.

Siccome poi Giustiniano ha considerato i due tempi, cioè quello della donazione, e quello della riduzione, nè ha voluto innovar nulla quanto alla massima generale *sul modo, e nel tempo di fissare la legittima* da dedursi, benchè ne avesse aumentata la quantità; e siccome nel progresso della Novella riunisce i patrimonj, e vuole che i figli abbiano in generale ciò che loro la legge deferisce coll' eredità, così è forza conchiudere che su di questo ultimo punto la legislazione rimase quale fu da lui fissata nel codice suo, e come venne in seguito riconosciuta e testificata da' giureconsulti posteriori.

Così intesero la cosa gli autori della Sinopsi dei Basilici lib. 41, tit. 4, c. 17. Armenopolo 9 §. 24, i quali dopo Giustiniano sostituirono alla quarta segnata in detta legge 6 il triente. E così l'intesero gli altri scrittori. Resta dunque fermo che la legittima, secondo il diritto romano, allorchè si tratta di ridurre le donazioni, si determina al tempo della morte del donatore.

(*a*) V. Réserve sez. VI, art. VII, pag. 346.

Nota V. al §. 10, pag. 21.

In conferma delle osservazioni fatte sull'applicazione delle regole di non far retroagire la legge, piacciavi di por mente al seguente passo del sig. conte Merlin.

« On exagérait beaucoup trop le principe de la non re« troactivité des lois, si l'on allait jusqu'à dire que le le« gislateur ne peut plus absolument rien à l'égard des *con« trats passés* qui ont une longue suite d'exécutions qu'il ne « peut plus imposer *aucune condition nouvelle*, quoique elle « fut appropriée aux nouveaux besoins de la société » (*a*).

Si noti bene che qui egli parla di un oggetto, sul quale direttamente versò il contratto, e che dai contraenti fu regolato con patti reciprocamente stipulati, e non di una riserva imperativa della legge riguardante un terzo come è la legittima. Ora se la legge può evitare *il vizio di retroattività* nei primi oggetti, quando alcune volte si tratti di regolarne gli effetti progressivi, con quanta maggior ragione si può evitare questo vizio in un oggetto di ragion pubblica riserbato sempre al solo legislatore, e che entrò nel contratto come primario e predominante norma e misura per l'interesse di un terzo, il quale non intervenne a stipulare cosa alcuna nè col donatore, nè col donatario.

Ciò sia detto in contrapposto dell'art. *réserve* sezione VI del sig. Grenier, inserito nel detto repertorio, dove si segna ad ogni scarico di responsabilità l'autore dell'articolo medesimo (*b*). Le ragioni del sig. *Grenier* sono in sostanza quelle che il donatario ha fatto valere per parte sua, nè abbisognano di ulteriore risposta.

(*a*) Répertoire V. Rente constituée §. 13, art. 3, pag. 36, tom. IX, edit. 1809.

(*b*) Tom. XI, pag. 303 in nota.

NOTA VI. al §. 10, pag. 25.

Contro le cose discorse in questa parte del paragrafo 10 sorge la seguente obbiezione. « La riserva a favore dei figli « altro non è che la porzione non *disponibile*. Ma questa « porzione come potrebbe estendersi sopra beni di già di- « sposti? Come potrebbero autorizzarsi i riservatarj col « presidio di una nuova legge, la quale coarta il diritto a « quella porzione che essa sola dichiara *indisponibile* ad « intaccare la parte di cui il padre non era interdetto a di- « sporre, e di cui dispose difatti sotto l'impero della legge « anteriore? L'opinione contraria porterebbe all'assurdo « che il già disposto divenisse indisponibile, e che la nuova « legge avesse potuto vietare ciò che non era più suscettibi- « le di alcun divieto (*a*).

La qualità di disponibile, o d'indisponibile, se mal non m'avviso, qui si considera non rapporto al fatto, ma rapporto *al diritto*, altrimenti ne nascerebbe l'assurdo che qualunque donazione comunque eccessiva, secondo tutte le leggi, non potrebbe mai essere soggetta a riduzione.

Ciò posto, l'indovinello si scioglie colla maggiore facilità. Postochè qui sotto nome di porzione disponibile si intende quella parte di beni, della quale un padre poteva prima del codice legalmente disporre in favore di chi a lui piacesse, e sotto il nome di porzione non disponibile, altro non s'intende che quella porzione di patrimonio che la legge serbava a pro dei figli, e della quale se il padre avesse disposto, essi potevano rivendicarla o dai donatarj, o dai coeredi, ne viene che tutto questo argomento si risolve ad esprimere che sarebbe assurdo il dire, che dopo che la legge accordò la facoltà di disporre, e che fu effettivamente disposto di certi beni, una legge posteriore dicesse che non si *poteva disporre* di ciò che prima si poteva disporre, di ciò di cui fu *legalmente disposto*.

(*a*) Conclusioni nella causa Morando pag. 57.

Ma qui vi è uno scambio di idee. Sia pur vero che si potesse disporre d' una data parte di beni. I legittimarj non impugnano questa facoltà, nè vogliono far ritrattare la disposizione; e però non vogliono far dichiarare che fosse *indisponibile* ciò che legalmente *fu disposto*. Accordano che si poteva disporre d' una parte di beni, e ne fu legalmente disposto; ma negano solamente, che dopo che ne fu disposto non possano i detti beni essere soggetti ad un aggravio maggiore indotto dalla sola legge. L' argomento allegato reggerebbe quando si volesse impugnare l' atto stesso della disposizione, ossia la fatta donazione: ma non regge quando se la lascia come sta, e senza far tornare indietro le cose donate al donatore, e lasciandole in mano del donatario si accresce la misura del di lui debito eventuale a favore di un terzo, il quale aumento fino da principio per la natura stessa delle cose si doveva considerare come contingibile per fatto del legislatore.

Si dirà che si toglie in parte al donatario ciò che fu dato prima legittimamente per passarlo al legittimario, e si toglie ciò che il donatario avrebbe goduto sempre in forza della legge anteriore. Sia ciò pur vero: ma perchè ciò fu dato a lui *legalmente* ne viene forse che fosse a lui dato rispetto al legislatore *irrevocabilmente*? Ecco ciò che conveniva provare, nè fu provato mai.

Ma il legittimario non aveva diritto se non su ciò che *non era disponibile*. Come può egli sortire da' suoi confini, e passare ad occupare ciò che era disponibile, e che fu legalmente disposto? Rispondo: o mi parlate del legittimario reale che effettivamente succede al donatore, o del legittimario ipotetico che era scritto solamente nella legge anteriore. Se mi parlate del primo, egli ha diritto a tutto ciò che la legge vigente alla morte del donatore dichiara non disponibile, ossia alla quota a lui fissata dalla legge vigente al tempo della successione; e ciò è tanto vero che in tutti gli altri casi la ripete da chicchessia.

O mi parlate del legittimario ipotetico scritto nella legge anteriore, e quello è un ente di ragione che non produce

nulla, che non domanda nulla, che nulla può nè produrre, nè domandare, e che per conseguenza non dà verun diritto al donatario. Il suo posto è occupato dal solo legislatore, e però il donatario se la deve intendere col legislatore.

Ma l' argomento che esaminiamo involge un altro aspetto. Si domanda « come potrebbero autorizzarsi i riservatarj « col presidio di una nuova legge, la quale coarta il loro « diritto a quella porzione che essa sola dichiara *indisponibile*, ad intaccare la parte di cui il padre non era inter« detto a disporre, e di cui dispose difatti sotto l' impero « della legge anteriore? Traduciamo questo quesito. »

La nuova legge ha aumentata la quantità della legittima. Quest' aumento deriva da lei sola. I beni quindi che costituiscono questa nuova porzione aumentata sono dichiarati indisponibili dalla sola legge posteriore. Come mai può avvenire che questa porzione, o col diritto a questa nuova porzione stabilita dappoi, i legittimarj abbiano diritto di detrarre dai beni donati ciò che fu legalmente donato, e si converta una parte di beni *disponibile*, in *indisponibile*? Questo quesito, come ognun vede, altro non è che la stessa quistione che si agita. Debbo qui osservare solamente che si giuoca sulla parola di disponibile e di indisponibile, senza concludere nulla per la realtà. Imperocchè queste parole non disegnano una qualità reale dei beni, ma si riferiscono alla facoltà del donatore *prima* di eseguire la donazione, e ciò in conseguenza dell' ordinazione della legge della riserva. Ora nella quistione che si agita non si controverte se detti beni fossero o no *disponibili*, nè si disputa nemmeno se dopo divengano o no indisponibili; ma si domanda se dopo che furono disposti, ossia alienati per donazione, possano o no in parte divenire per fatto della legge proprietà del legittimario?

« L' opinione contraria (prosegue) porterebbe all' assur« do che il già disposto divenisse indisponibile, e che la « nuova legge avesse potuto vietare ciò che non era più su« scettibile di alcun divieto. »

Traduciamo di nuovo. L' opinione contraria porterebbe

all' assurdo che una parte di beni donati divenisse porzione di legittima, e che la nuova legge potesse togliere al donatario ciò che aveva permesso a lui di possedere per sempre. Quale assurdo vi è in questo concetto? Nissuno. L' assurdo che si fa nascere sta in un falso supposto, cui i legittimarj non sognarono giammai. Niuno si è mai sognato di dire o che la legittima vecchia diventi eguale alla nuova, o che la donazione anteriore abbia ecceduto i confini della disponibilità della legge d' allora; lochè importa la frase che *il disposto divenga indisponibile*, e molto più *che si vieti* ciò che non era prima *vietato*: niuno ha mai sognato di vestire le idee con questa assurda corteccia di parole; ma io lo ripeto di nuovo, i legittimarj hanno solamente preteso che i beni prima alienati colla donazione siano per fatto della legge suscettibili d' una detrazione maggiore di quella a cui legalmente furono assoggettati da principio.

O voi volete usare della parola *disponibile* e non *disponibile* come di puro sinonimo, o voi volete usarne legandovi l' idea della facoltà di un padre di disporre solamente di una parte, e non di un' altra del suo patrimonio. Nel primo caso la obbiezione è inconcludente, perchè l' urto non consiste che nella parola, e non nella cosa. Nel secondo caso la obbiezione è falsa nel suo supposto, perchè attribuisce ai legittimarj una pretesa che non si sognarono mai di proporre e di sostenere.

Egli è proprio delle controversie tutte di confondere le idee le più chiare, e di imbrogliare le idee le più distinte, e tutti gli scrittori che hanno voluto sostenere la tesi contraria alla mia (prosegue il legittimario contro il donatario) hanno giuocato sul revocabile e l' irrevocabile, il disponibile e il non disponibile: quasichè ciò che era il fatto dell' uomo, e ciò che fu trattato fra mio padre e voi, fosse il fatto della legge, e fosse stato trattato fra voi e me. Ma l' affare è semplicissimo. Esistono donazioni fra vivi senzachè vi entri la considerazione di legittima e di riserva, e tali sono tutte quelle che si fanno da persone che non hanno eredi necessarj. Esistono donazioni fra vivi, nelle quali en-

tra questa considerazione. È vero o no che l'atto isolato in amendue i casi è sempre lo stesso? La servitù a cui lo sottopone la legge nel caso dei riservatarj è cosa separata, nè può essere soggetta e regolata dai *rapporti convenzionali* contratti fra il donatore e il donatario; e però la ragione non estende siffatti rapporti, nè gli effetti derivanti dai medesimi all'azione della riserva. Pietro, che non ha eredi necessarj, dice a Paolo, io ti dono le tali mie possessioni. La legge dice contemporaneamente: io approvo quest'atto, e dichiaro *in conseguenza del fatto* dei contraenti, che le cose donate non torneranno più a Pietro se non nel caso dell'ingratitudine di Paolo verso il suo benefattore, o che a questi sopravvenissero figli, o che Paolo mancasse agli obblighi contratti verso Pietro. Ecco in che consiste la tanto vantata irrevocabilità della donazione secondo amendue le legislazioni. Qualunque legge che sopravvenga dappoi non può alterare mai questo atto, nè può aggiungere una nuova causa di ritrattazione dell'atto senza commettere una lesiva retroazione. La proprietà è irrevocabilmente acquistata da Paolo, salvi i tre casi eccettuati, perchè Pietro si è spogliato irrevocabilmente della proprietà in favore di Paolo. L'affare cadde sotto le leggi della convenzione, e fu regolato dalla autorità d'una convenzione. La legge ha positivamente sanzionata questa irrevocabilità, perchè fu stabilita dal fatto stesso convenzionale. Essa considerò che Pietro *dat ea mente ut statim velit accipientis fieri*, NEC ULLO CASU AD SE REVERTI (*a*).

Essa fissò le condizioni della rivocazione fra il donatore e il donatario; e queste formano parte dell'atto, e danno un jus quesito, perchè si tratta d'un affare di reciproco interesse dei contraenti. L'irrevocabilità, e la rispettiva rivocabilità, poste certe cause di una convenzione non è un privilegio della donazione, ma è comune a qualunque altra lecita convenzione.

(*a*) L. 1, dig. de donat. V. l'art. 894 del Cod. Napoleone.

Amplificate dunque finchè volete questa teoria senza variarne le basi, e vi prometto di non contraddirvi in nulla.

Passiamo all'altro caso. Tizio che ha figli dice a Cajo, io ti dono i tali e tali stabili miei sotto le condizioni e le riserve della legge. Qui nell' atto stesso la legge ripete la sua approvazione nei termini stessi ch' ella usò nella donazione di Pietro; ma siccome Tizio ha figli, essa invece di porre la sopravvenienza dei figli nelle cause di *rivocazione*, soggiunge: « ordino e dichiaro di mio proprio moto, e in « vigore della mia propria autorità, che questa alienazione « di Tizio non debba toglier nulla alla porzione che i di lui « figli dovranno per le mie leggi necessariamente avere alla « di lui morte; dimodochè se essi non la troveranno nel « patrimonio di Tizio, dovrà supplirla Cajo fino alla con« correnza delle cose a lui donate ». Io vi domando se questo sia il senso vero della riserva o no. Rammentate ciò che io vi dissi sulla natura, e lo stabilimento della legittima (§. 9), su ciò che vien disposto dalla legge 4 *Cod. de inofficiosis donationibus*, e dalla legge 6 *Cod. de inoff. testam.*, e dalla Novella 92, e dal consenso di tutti i giureconsulti, e negate, se potete, questa ordinazione del legislatore.

Ora, posta una tale dichiarazione, come oserete voi porre in campo l'eccezione della rivocabilità o irrevocabilità del disponibile, e del non disponibile? Qui voi avete due serie di rapporti. Gli uni sono regolati dalla convenzione; gli altri sono regolati dalla legge sola. Se voi domanderete se la donazione in se stessa sia o no sussistente, se sia o no rivocabile, voi consulterete l' atto in se stesso, e i di lui rapporti costituzionali e legali. Se voi inoltre domanderete alla morte del donatore che cosa debbano avere i figli, interrogherete il legislatore, ossia esaminerete quale sia la porzione ch' egli stabilì. In ciò voi consulterete lui solo, e non Tizio e Cajo, perchè egli solo ordinò e comandò, e Tizio e Cajo non poteano che rispettare ciò che egli fece e far potea per conto dei figli.

È vero che Cajo è interessato a non dare di più di quello che il legislatore prescrisse; diciamo di più, egli non è obbligato a dare, nè i figli hanno diritto ad ottenere di più di quello che il legislatore prescrisse. Resta dunque a determinare *un fatto*, e questo fatto si è quanto il legislatore abbia riservato ai figli di Tizio. O la legge della riserva al tempo della morte di Tizio è la stessa di quella del tempo della donazione o no. Nel primo caso non può insorgere nè dubbio, nè controversia: o è *diversa*, ed allora insorgono due inspezioni la prima di fatto, e la seconda di diritto. Colla prima si domanda in che la legge posteriore sia *diversa* dall' anteriore? La seconda *se* Cajo donatore debba servire alla posteriore, piuttosto che all' anteriore o viceversa?

Quanto alla prima si trova che la diversità non consiste che nella *quantità* della riserva: e però la quistione di diritto non potrà versare che sui rapporti di ragione che possano essere indotti *dalla sola differenza della quantità della riserva.*

Se il legislatore stesso o nella legge anteriore, o nella posteriore avesse espressamente stabilito che *Cajo dovrà* prestare assolutamente la quota ordinata *dalla legge vigente* al tempo della morte di Tizio: non è egli vero che la quistione sarebbe tolta? Ma la legge posteriore non ha *espressamente* statuito sul passato. La legge anteriore non ha espressamente contemplato il caso d' una legge *intermedia* fra la donazione e la morte del donatore, nè ha dichiarato a quale delle due Cajo debba servire.

Che cosa dunque rimane per definire la quistione?

È indubitato che i figli di Tizio hanno diritto di domandare dall' eredità di lui la riserva stabilita dalla legge posteriore. È indubitato che se Tizio avesse fatta la sua donazione sotto l' impero della nuova legge, i di lui figli non trovando la loro quota nell' eredità paterna si sarebbero rivolti in sussidio contro di Cajo, e l' avrebbero ottenuta da lui.

La quistione dunque non verte più sul punto se i figli di

Tizio abbiano o no diritto di domandare la quota stabilita dalla legge posteriore; se possano o no ottenerla dal patrimonio paterno; ma solamente se nel caso che non la possano ottenere da questo patrimonio *possano in sussidio domandarla a Cajo donatario.*

Ciò non è ancor tutto. Se il patrimonio lasciato da Tizio fosse tanto ristretto che mancasse ai figli di lui non solamente la quota della legge posteriore, ma mancasse in tutto o in parte quella della legge anteriore: è fuor di dubbio che i figli di Tizio potrebbero conseguire da Cajo almeno la minor quota della legge anteriore.

La quistione dunque si concentra a sapere solamente se Cajo debba in *sussidio* prestare l'*accrescimento* fatto dalla legge posteriore, postochè i figli hanno diritto di *domandarlo al patrimonio di Tizio.*

Ristretto il punto di quistione a questi ultimi termini, nascono due ispezioni, cioè:

1.° Quali sono le obbiezioni *competenti* a questa quistione?

2.° Con quali ragioni può essere sciolta la quistione?

Quanto alla prima ispezione si risponde che i legittimarj riconoscono che il *fatto* della donazione è *anteriore* al nuovo aumento fatto dalla legge. Dunque rimane a vedere se questo fatto possa mai cadere sotto la podestà della nuova legge? Se vi può cadere, fino a qual segno può egli esservi sottoposto?

È indubitato che il *fatto convenzionale* della donazione fra Tizio e Cajo non cade sotto la nuova legge: e però tutte le massime riguardanti la rivocabilità o la irrevocabilità dell'atto stesso *sono fuori di disputa*, e rimangono come sono. È dunque cosa incompetente il suscitare allarmi e rumori su di questo punto. La controversia si restringe alla dichiarazione della riserva fatta di moto proprio dal legislatore nell'atto della donazione per l'interesse dei figli di Tizio,

Qui non v'entra niente di convenzionale; ma tutto è puramente *imperativo*; tutto è di *ragion legislativa*; tutto

regolato dalla parola, dalla mente e dai rapporti del legislatore.

Non si può dunque gettare in mezzo alla quistione le cose che appartengono alla convenzione. Le ragioni dunque competenti alla quistione sono quelle che possono essere dedotte dai rapporti soli legislativi della riserva *in quanto colpiscono il donatario.*

Il donatario concede di essere tenuto a soddisfare in sussidio alla quota stabilita dalla legge anteriore, perchè questa legge a lui impose quest' obbligo nell' atto della donazione, ma egli nega d' essere tenuto di soddisfare all'*accrescimento* introdotto *posteriormente* dalla legge in favore dei legittimarj, benchè essi abbiano diritto di ripeterlo dalla eredità del padre loro.

Ma perchè ciò? Se non perchè la legge anteriore riserva alla morte di Tizio *quattro* invece *di otto*. Questo è il solo fatto che egli può citare contro il legislatore: ora da questo solo fatto nasce forse un diritto a *Cajo di negare* alla nuova legge l' azione di sottoporre i beni donati a prestare l' accrescimento posteriormente da lei introdotto? Ecco la quistione competente al punto controverso.

Il discorso che tiene Cajo al legislatore (e nel caso nostro non lo può tenere che con lui solo, come si è veduto al §. 5) si riduce al seguente: « Voi jeri mi diceste che io « dovrò alla morte di Tizio, in difetto del di lui patrimo« nio, pagare ai di lui figli sulle cose a me donate la por« zione che la legge loro attribuisce per titolo di legittima. « Jeri la vostra legittima non era di otto, ma di quattro. « Dunque voi non potete togliermi in oggi gli altri quattro « da voi aggiunti oggi in favore dei figli di Tizio, postochè « voi approvaste che io gli acquistassi irrevocabilmente. « Questa aggiunta va a carico del patrimonio di Tizio e non « di me. »

Da questo discorso che cosa convien dibattere come incompetente? È chiaro che convien dibattere il secondo titolo d' irrevocabilità, perchè il legislatore può rispondere « io « approvai che acquistaste irrevocabilmente rapporto a Ti-

« zio i detti beni, nei quali sono compresi gli altri quattro
« che oggi carico sopra di voi; ma quando io dissi ciò, altro
« non vi dissi se non quello che sta nella mia definizione
« della donazione, cioè che in nessun caso, fuorchè negli ec-
« cettuati, le cose donate *non debbano ritornare a Tizio*,
« *nec ullo casu ad se reverti*. E come mai volete voi con-
« vertire una *irrevocabilità* puramente rispettiva e conven-
« zionale, ristretta fra voi e Tizio, in una irrevocabilità
« assoluta fra voi e me? Contro di me potete venire con
« altre ragioni se vi piace, ma non con questa. Io non pre-
« tendo oggi di distruggere quello che fu convenuto fra voi
« e Tizio; non pretendo di far tornare indietro le cose do-
« nate, ma pretendo solamente di ampliare il favore dei
« figli di Tizio, su i quali nè voi, nè Tizio avevate diritto
« di contrastare con me, ma avevate invece un obbligo as-
« soluto di obbidire. »

« Resta dunque a vedere se per qualche altra ragione io
« possa in oggi su i beni che non debbono più tornare a
« Tizio, e che furono irrevocabilmente trasferiti in voi,
« *aumentare* il carico eventuale prima imposto da me in
« sussidio del patrimonio di Tizio. »

Ecco i veri ed unici termini *competenti* della quistione.

Passando al secondo quesito, io domando se esaminando i rapporti stabiliti fra il legislatore e il donatario, si trovi per avventura che il legislatore abbia dichiarato che anche nel caso d'una nuova legge, che aumentasse la legittima, il donatario non dovrà soggiacere che alla prestazione della minore legittima antecedente? Sia pur vero che l'obbligo eventuale e sussidiario indotto dalla prima legge fosse *minore*, ne viene forse di necessaria conseguenza che non possa dalla medesima legge essere aumentato *prima* che nasca il diritto correspettivo dei legittimarj? Per parte del donatario si tratta *d'un obbligo* in faccia alla legge, e non di un diritto. Tra il donatario e il legittimario non esiste atto *convenzionale* di sorte alcuna, cui il legislatore dovesse rispettare. Dunque non esiste veruna causa che indur possa il vizio di *retroattività*.

Ciò non è tutto: Scorrendo in altri luoghi la legge vigente al tempo della donazione, si trova dichiarato.

1.° Che la donazione fra vivi è simile ai legati, salvo che temerariamente non viene rivocata (V. pag. 97); talchè per carattere principale la legge assegnò non le convenzioni reali o gli atti fra vivi, ma bensì un atto in causa di morte; e per carattere differenziale non la irrevocabilità assoluta, ma la revocabilità motivata.

2.° Che la legittima da detrarsi dalle donazioni si determina al tempo della morte del donatore, e si detrae per la stessa causa, nella stessa maniera, e colle stesse regole, che si praticano nei testamenti (*L.* 9 *Cod. de inoff. donat. junct. L.* 6 *Cod. de inoff. testam.*); e però avendo contemporaneamente alla donazione il legislatore dichiarato che la porzione che dovrà prestar Cajo ai figli di Tizio, sarà quella che si troverà stabilita dalla legge al tempo della morte di Tizio, talchè la domanda dei figli essendo *la stessa tanto contro* il patrimonio paterno, quanto contro i beni donati che vengono in sussidio dell'eredità, resta concludentemente provato che la riserva della legittima è una specie di testamento o legato, quale fu definito nel testo del mio discorso.

Questa conclusione tutta relativa alla legge viene confermata dalle seguenti considerazioni relative alla *convenzione* medesima.

È indubitato che le donazioni fatte sotto il regime del gius comune, dovevano, affine di non essere *rescindibili*, contenere la riserva di tanti beni quanti occorressero a soddisfare alla legittima dei figli, come più ampiamente si vedrà nella seguente nota. Tali sono difatti le donazioni italiane, sulle quali si disputa in oggi. Questa riserva era fatta dal donatore stesso per questo titolo. Essa per altro importava di diritto, che se la parte dei beni riservata non si fosse trovata alla morte del donatore intiera, o che per la sopravvenienza dei figli dopo la donazione non avesse bastato a soddisfarli, dovea in sussidio essere supplita dal donatario fino alla concorrenza dei beni donati.

La formola dunque più ristretta possibile di quelle donazioni, che è pure comune anche alle odierne, si era: « Io « dono a Cajo irrevocabilmente il mio patrimonio *meno la « legittima* dovuta ai figli che ho, e che potrò avere di più « al tempo della mia morte. »

Voi non potete eccepir nulla contro di questa formola, perchè è identica a quella del sig. Grenier uno de' vostri più celebri difensori.

Traduciamo prima di tutto questa formola: « Io dono a « Cajo irrevocabilmente il mio patrimonio *meno quella « porzione* che la legge mi obbliga di lasciare ai figli vi- « venti alla mia morte ». La parola legittima è sinonimo di quest' ultima frase.

Io vi domando se questa frase concepita in tempo presente fosse invece concepita in tempo *futuro*, ed esprimesse *meno quella porzione che i miei figli dovranno avere per legge al tempo della mia morte, o che la legge loro attribuirà al tempo della mia morte*, vi credereste voi così sicuro della vostra causa?

È certo che l' atto stesso della donazione avrebbe racchiuso fino dal suo principio l' unica considerazione del futuro, ossia avrebbe contemplata l' unica legittima vigente al tempo della morte; cosicchè voi non avreste potuto armare contro il legislatore nemmeno il colore di un jus quesito col pretesto della minor quota esistente al tempo della donazione. Ora vi domando, la sola parola di legittima *pronunciata* da un padre vivente non inchiude forse *di sua essenza* questo unico tempo futuro? Non è forse la legittima essenzialmente successoria e conferita assolutamente ed esclusivamente al tempo della di lui morte?

Ma voi dite, la frase è concepita in tempo *presente*. Il donatore si è riferito al tempo presente, dunque la riserva fatta si dee restringere alla misura legale del tempo presente, benchè la cosa in se stessa sia per disposizione di legge essenzialmente successoria e di sua natura riferita al tempo della morte.

La vostra obbiezione (io vi rispondo) non val niente.

Chi ha compagni ha compadroni. Il donatore e il donatario hanno per lo meno compagna la legge, ed ella si rende l'interprete della riserva fatta dal donatore. Il senso di questa riserva, considerata isolatamente, è lo stesso tanto se venga fatta in un testamento, quanto se venga fatta in una donazione; sì perchè in ambi i casi è uno stesso atto tutto di autorità della legge riferito al caso di morte, e sì perchè inserita in una disposizione dell'uomo diviene un atto di *volontà*, il quale riceve lo stesso senso tanto in un contratto, quanto in una disposizione *causa mortis*. Ciò premesso passo a dimostrarvi che la vostra obbiezione è inconcludente, e che la formola suddetta concepita in tempo presente si converte secondo la legge regolatrice del contratto in tempo *futuro* ed unicamente *futuro*, ed altro non significa se non che Tizio dona a Cajo il suo patrimonio, meno la porzione *che i figli* DOVRANNO AVERE PER LEGGE AL TEMPO DELLA MORTE DEL PADRE LORO. Eccone la prova colle parole della legge, colla intelligenza del celebre sig. conte MERLIN, e della Corte di Cassazione dell'impero francese: « La loi « 51 D. de legatis 2 prévoit le cas où un testateur s'expri- « merait ainsi: *je légue à un tel le maximum de ce que je* « *peux lui donner*. Et elle demande si pour déterminer l'é- « tendu d'un pareil legs on doit considérer qu'elle était la « capacité du legataire à l'époque du testament, ou si l'on « doit s'arrêter à ce que le legataire était capable de recueil- « lir *au temps du décès* du testateur; et c'est pour ce der- « nier parti qu'elle se décide. = Si quis ita testamento ca- « visset: illi quantum plurimum PER LEGEM ACCIPERE POTEST « dari volo; utique CUM QUANDO CAPERE POTERIT videtur re- « lictum; sed et si dixerit quam maximam partem *dare* « *possum* damnas esto haeres meus, idem erit dicendum .... Da ciò conchiude come segue: « Nul doute que pour régler « la latitude des effets d'une semblable institution il ne « faille s'arrêter uniquement *aux régles de la disponibilité* « *qui existent au moment du décès* de l'instituant (*a*).

(*a*) Questions de droit verb. avantages entre conjoints pag. 598. Paris an XI.

La Corte di Cassazione, con suo giudicato del 28 Germile anno 11, dichiarò lo stesso: « Suivant les lois romai-« nes même et notamment la loi 51 D. legatis 1.° quand un « legs est fait de tout ce dont un testateur peut disposer, « *c'est la loi subsistante au temps de la mort du testateur*, « et non celle du temps du testament qui doit régler l'effet « de cette disposition. (*a*)

Applichiamo la legge al caso nostro. Il donatore che fa la riserva che cosa dice? « *Filiis meis quantum per legem « accipere possunt dari volo.* » Che cosa dice al donatario nel caso che il suo patrimonio non bastasse a soddisfare alla quota legale contemplata nella riserva? = *Quam partem dare filiis meis debeo damnas esto donatarius meus.* = L'una e l'altra parte si riferisce essenzialmente alla misura che si trova al tempo della morte, perchè al pari del legato dell'uomo essa non si può verificare che alla morte del donatore.

Nè qui può nascere differenza, perchè questa dichiarazione sia fatta piuttosto in un testamento, che in un atto fra vivi. La disposizione è la stessa, ed ha lo stesso senso futuro, perchè la natura della legittima è essenzialmente la medesima sia che venga scritta in un luogo, sia che venga scritta in un altro. La traslazione del dominio libero dei beni per qualunque titolo si faccia, essendo correspettiva, e conseguente soltanto alla soddisfazione della legittima, e questa prelevandosi sempre dalla donazione a titolo, dirò così, di *precipuo*, ne viene necessariamente che essa assoggetta il rimanente dei beni a tutti gli effetti che la sua natura importa. Ora se in qualunque modo sia essa espressa in un atto ella è sempre *successoria*, e riferita per volontà espressa del legislatore, moderatore del contratto, alla *morte* del donatore, *ed assoggettata alle regole* vigenti alla morte stessa, egli ne segue che sebbene la corteccia delle parole della riserva sembri esprimere la quota vigente al tempo della donazione, ciò non ostante essa si deve per la DEDU-

(*a*) Ivi pag. 599.

ZIONE riferire alla quota stabilita al tempo della morte del donatore.

Ma se dall'altra parte è certo che la riserva fatta allora dal donatore impone l'obbligo al donatario di prestare ai legittimarj in mancanza del patrimonio del donatore la quota a cui il donatore medesimo poteva essere tenuto verso i figli suoi, ne segue necessariamente che il donatario in forza dei termini del suo contratto fu assoggettato a questa condizione, e però risulta di nuovo che la riserva della legittima altro non è che una specie di legato fatto dal legislatore, che entra nella donazione nel modo che io vi dissi nella mia disputa.

Per ultimo compimento della quistione i vostri difensori hanno messo in campo le così dette *institutizioni contrattuali*. Esse sono un atto, col quale l'uno dei contraenti dichiara a titolo di contratto d'instituire l'altro nella di lui eredità. Questo contratto non toglie, come nota il Sig. *Chabot d'Allier* « que l'institnant ne puisse aliéner à titre onereux mê« me la totalité des biens compris dans l'institution. »

Questa specie di contratto (si dice) è regolato *dalla legge esistente nel tempo* in cui vien celebrato, e non dalla legge che si trova in vigore al momento della morte dell'instituente; eppure egli non può *aver effetto* che alla morte dell'instituente, mentre l'instituito non s'impossessa della proprietà dei beni che a quel tempo. Dunque a *pari*, dice il Sig. Grenier, ed altri con lui, la riserva dei legittimarj che si deduce dalle donazioni si deve determinare, avuto riguardo al tempo del contratto, e non al tempo della morte del donatore: in breve, si deve fingere come nelle instituzioni contrattuali, che il donatore sia morto *subito dopo la donazione*.

Un sol momento di attenzione fa scoprire che la parità non corre in conto alcuno. L'instituzione suddetta con tutte le sue condizioni legali *forma l'oggetto sostanziale della convenzione* fra l'instituente, e l'instituito. La loro volontà aveva necessariamente un oggetto *determinato*, e *presente*. Compiuto l'atto, non si poteva più cangiare il passato, ma si poteva solamente di consenso fare un nuovo atto. Niuno

di essi poteva lasciare in balìa di una futura legge un *fatto preciso*, un atto positivo di volontà. Ma le donazioni considerate fra il donante e il legittimario, o fra il donatario e il legittimario, o fra i primi due e il legislatore, sono forse simili? Niun patto, niuna convenzione, niun contratto è passato fra di essi: e però non si potè colla scorta e col titolo di un atto di volontà determinare ciò che poteva spettare al futuro legittimario. Anzi potea nascere il caso che il legislatore diminuisse la riserva, nel qual caso il legittimario non avrebbe potato reclamar nulla, e il donatario avrebbe sicuramente avvantaggiato. Che cosa dunque rimase? Altro non rimase se non che *l' instituzione del solo legislatore*, cui i due contraenti dovevano rispettare, e verso cui non poteano prestare che una ubbidienza passiva. È dunque falso che l' affare della deduzione della legittima dalla donazione si debba regolare come se il donatore fosse morto subito dopo la donazione. Questa proposizione è falsa sotto qualunque legislazione, e stando anche la stessa legge nei due tempi della donazione e della morte del donatore. Essa è falsa in qualunque affare non convenzionale, e *puramente successorio causa mortis*, come quello della legittima, perchè da una parte non potè legalmente essere soggetto di *convenzione* coll' erede della legge, comunque avesse potuto essere considerato fra il donatore e il donatario, e dall' altra era un affare riportato al futuro, e frattanto posto in piena balìa del legislatore. È ridicola ed incompetente ogni operazione fatta da due contraenti relativamente all' interesse di un terzo che non intervenne a contrarre, e che invece riconosce e ripete tutte le sue ragioni dalla sola legge, ed il di cui destino sta in mano della sola legge fino a che vive il donatore. In breve, il legittimario non veste allora che il puro e semplice carattere di *erede della legge*, come lo chiamò un Oratore del Governo, e come tale si può applicare a lui il ragionamento contrario che si terrebbe parlando di un testatore e di un erede. In ciò mi rimetto a quanto dice il sig. Merlin nella quistione succitata.

CONCLUSIONE.

Riducendo pertanto le cose discorse fin qui al punto sostanziale della controversia, ecco (dice il legittimario) come io conchiudo. In ogni donazione convien distinguere *il fatto della convenzione* dal *fatto della legge*, e convien determinare ciò che dipende *dal potere della convenzione*, da ciò che dipende *dal potere della legge*. Quanto al primo punto tutto si determina avuto riguardo allo stato delle cose esistenti al tempo della convenzione, perchè ciò che *è fatto* è determinato essenzialmente dal luogo e dal tempo. Quanto al *secondo punto* convien distinguere se il fatto ordinato dalla legge, ed al quale essa aveva annesso un dato effetto, fu eseguito e consumato sotto l'impero della legge stessa, o no. Quando fu eseguito e consumato sotto l'impero della stessa legge, l'*atto intiero*, a cui riferiva il fatto stesso, riceve la sua piena legalità, e il compimento suo irrevocabile dalla legge, sotto la quale fu il fatto stesso regolato e consumato. Nel caso contrario l'atto stesso riceve il suo compimento e il suo stato irrevocabile dalla nuova legge, sotto la quale si consuma il fatto, o la solennità apposta dalla legge, e nell'intervallo rimane in sospeso senza vizio. Ecco le parole del sig. Chabot d'Allier parlando di certi diritti *reali* del genere *successorio*, e simili appunto alla legittima, e dipendenti *dal solo impero* della legge « questi « diritti n'ayant d'existence que *par l'autorité des lois* qui « les ont établis ne peuvent conserver de force, et de va- « leur qu'autant que ces lois conservent elles-mêmes de « autorité : et la loi nouvelle qui abroge les unes, abolit « consequemment les autres. »(1) Questo principio si estende fino sulle cose che affettano per ministero della legge l'atto stesso convenzionale di donazione. Prova ne sia una donazione fra vivi, alla validità della quale era necessaria la insi-

(1) V. la nota X. dove si è riportato tutto il passo del sig. Chabot, e la teoria sommaria dei diritti quesiti rispettivamente alla retroattività.

unazione, che secondo certe leggi si potea differire fino alla morte del donatore. In essa supponendo il caso che il donatore sia morto dopo il Codice Napoleone, la perfezione legale della donazione viene retta da due legislazioni, e riceve il suo ultimo compimento dalla nuova; perchè da una parte la materia dipendeva *dal fatto della legge*, e dall' altra i legittimarj, che poteano aver diritto sulle donazioni, *non avevano ancor acquistato verun diritto* sulla medesima, come appunto decise la Corte di Cassazione dell' Impero Francese nella causa Rougié e Lafarge il 17 Aprile 1811. (1)

Ora I. Essendo indubitato anche per voi che lo stabilimento della legittima, la di lei riserva nelle donazioni, la di lei ipotetica detrazione dai beni donati dopo la morte del donatore in mancanza del patrimonio paterno, è *tutto fatto* della legge, tutta cosa riservata all' autorità della legge, tutta cosa indotta e regolata dal solo potere della legge, dunque è manifesto che *prima* che siasi verificato il *caso*, all' esistenza del quale fu legato il *diritto della riduzione*, cioè prima della morte del donatore, la legge ebbe tutto *il libero potere* di introdurre le innovazioni che essa credeva opportune; e però allorchè *posteriormente* l' atto si eseguisce deve essere intieramente regolato giusta la nuova regola introdotta.

II. Considerando poi che voi riceveste la donazione sotto una legge, la quale vi imponeva il carico eventuale e sussidiario di supplire a me quella quota che mio padre mi doveva per legge salvare; considerando che la stessa legge indipendentemente dalla condizione necessaria alla primitiva validità dell' atto della donazione, vi diceva che questa quota da detrarsi viene precisamente ed unicamente determinata al tempo della *morte*, e che ogni locuzione in tempo presente si risolve in tempo futuro, e la disposizione viene regolata secondo le sole *capacità* che il futuro presenta (come vi ho dimostrato più sopra colla scorta delle leggi), egli è ormai manifesto che nell' atto stesso della

(1) V. la raccolta di Sirey tom. XI. part. I. pag. 201.

donazione voi e PER FATTO DELLA LEGGE, E PER FATTO DELLA CONVENZIONE INTERPRETATA DALLA LEGGE, contraeste il carico eventuale e sussidiario di supplirmi l'unica quota vigente alla morte di mio padre.

Nota VII. al §. 20 pag. 46.

La giurisprudenza comune in materia di donazioni fra vivi fatte da' padri presentava dipendentemente dalla Novella 92, e dalle leggi Giustinianee *de inoff. donat.*, e *de inoff. testam.*, *due quistioni* capitali che non conviene confondere. Esse si possono concepire nei seguenti termini:

1.° Che cosa *si ricerca*, affinchè una donazione fra vivi d'un uomo che ha eredi necessarj sia per rapporto all'azione della legittima fiu dapprincipio *sussistente*?

2.° Dato che la detta donazione sia sussistente nel suo principio *quando* ha luogo la *riduzione*, e come viene essa eseguita?

In queste quistioni si suppone che l'atto della donazione non abbia altro vizio estraneo, e se lo considera soltanto in relazione all'azione della legittima sulle donazioni.

La prima quistione, come ognun vede, prende di mira l'atto primitivo ed isolato della donazione onde o sostenerlo, o rovesciarlo intieramente. Essa quindi non involge considerazioni *posteriori* alle donazioni medesime se non in grazia della validità *originaria*, e *primitiva* dell'atto stesso.

La seconda per lo contrario suppone la validità primitiva dell'atto e trasporta la mente al tempo della *morte* del donatore per provvedere all'interesse dei legittimarj.

Quello però che v'ha di comune nell'una e nell'altra specie di fatto si è:

1.° Che l'azione o di *rescissione*, o di *semplice riduzione*, non si può intentare dai legittimarj se non *dopo la morte del donatore*.

2.° Che si suppone sempre che la legge relativa alla legittima ed alla riduzione fosse al tempo della morte *la stessa* di quella che vigeva al tempo della donazione.

Premesse queste nozioni passiamo alla soluzione dell'una

e dell' altra quistione secondo i principj che erano allora adottati.

Domandandosi che cosa contener doveva una donazione considerata rapporto alla legittima affine di non essere in se stessa *rescindibile*, si rispondeva con distinzione, cioè o il donatore, avuto riguardo allo stato del patrimonio esistente al tempo della donazione, serbò intatta una parte di beni equivalenti al triente e al semisse, o no. Nel primo caso la donazione non è *rescindibile*, sebbene l' accidente abbia dappoi fatti perdere al donatore i beni eccettuati dalla donazione, talchè alla sua morte trovandosi il patrimonio deficiente possono i legittimarj agire bensì per il *supplemento* alla legittima, ma non possono rescindere, ossia far ritrattare l' atto primitivo della donazione. Nel secondo caso si rispondeva con distinzione: o il donatore acquistò prima della morte *nuovi* beni, per i quali i legittimarj alla di lui morte trovano il loro triente e il loro semisse, computando lo stato intiero del patrimonio, compresovi il donato o no. Nel primo caso la donazione non si rescinde, quand' anche dapprincipio fosse stata assorbente, inofficiosa, perchè l' intenzione del legislatore si trova adempita. Nel secondo caso si *rescinde* perchè dapprincipio la donazione fu fatta contro il prescritto della legge, e il difetto non fu *sanato* prima che i legittimarj promovessero la loro azione. Ecco il risultato dei principj della giurisprudenza antecedente su di questo proposito, come ne fanno fede i migliori Giureconsulti. (1)

(1) Dopo la l.° 87 §. 3 ff. de legatis 2, e tutto il titolo del Codice de inoff. donat., e la Novella 92 si consultino:
Donello. lib. 19 c. 11 n. 5.
Vinnio. partit. juris lib. 3 c. 3. 31.
Molin. in explanata l. 5 C. de inoff. donat. n. 41.
Sichard. in dict. leg. n. 12.
Christineus. dec. Belg. tom. 2. dec. 171 n. 9.
Cancerius. variar. resol. part. 1. c. 8 n. 119.
Antonellus. de temp. leg. lib. 2 c. 61 n. 7.
Fontanella. de pactis nup. claus. 5 glos. 8 pag. 2 n. 40.
Merlin de legitima lib. 2 tit. 1 q. 21 n. 46.
De Luca. ad Gratian. disc. 729. n. 29. E finalmente i passi sopra citati nella nota IV.

Poste queste regole si vede 1.° che nell'azione sia di rescissione, sia di riduzione si considera il patrimonio del donatore in due tempi. Nel primo tempo si esamina quanto egli era allorchè fu fatta la donazione, e quanto fu diminuito, e quanto rimase, e se ciò che rimase sia eguale o no al prescritto dalla legge di allora. Nel secondo tempo, cioè alla morte del donatore, si considera pure lo stato del patrimonio medesimo che si trova, e vi si unisce col pensiero quello che fu donato per vedere se sopravanza la quota dovuta ai legittimarj.

Dietro questo esame di fatto se si scuopre che i legittimarj trovano tutto ciò che loro perviene, essi lo conseguiscono senza inquietare i donatarj. Se poi computando la sostanza esistente colla sostanza donata non trovano di avere tutto ciò che loro perviene di legge, allora esaminano la storia della donazione, onde scoprire se possa aver luogo o la rescissione, o la semplice riduzione. Trovano essi che la donazione fu fatta colla *riserva* della porzione legale, avuto riguardo allo stato del patrimonio quale si trovava al tempo della donazione? Allora lasciano sussistere la donazione, e ne intentano solamente la riduzione in proporzione di ciò che loro manca al compimento della legittima. Trovano essi per lo contrario che la donazione fu fatta senza la riserva della legittima? Allora intentano la rescissione dell'atto, come fatto contro il prescritto della legge. 2.° Ciò non è ancor tutto. Prego ad osservare che dietro questa teorìa sorge una particolarità che non s'incontra in verun contratto perfetto di proprietà reale (Veggasi la nota IV.); questa si è che la donazione, la quale per mancanza di riserva era nella sua stessa *costituzione primitiva* viziosa e rescindibile, diviene per fatto posteriore della sola fortuna *perfetta* e non rescindibile; talchè la fortuna sola *posteriore* all'atto può fare una novazione cadente nella *costituzione stessa dell'atto.*

Ora domando, con qual coraggio si osi provocare i legittimarj al momento solo della donazione, come se fosse un atto unico e perentorio *regolatore* della riduzione da praticarsi

dopo la morte del donatore, nel mentre che il donatario stesso recede da questa considerazione isolata per approfittarsi del benefizio *posteriore* della fortuna onde sanare la illegalità primitiva dell' atto? Se la ragion legale importasse di misurare la riducibilità e i rapporti della donazione colla legittima, prendendo per norma *il solo atto primitivo* della donazione medesima, sarebbe necessario di determinare siffatti rapporti attivi e passivi limitandosi esclusivamente allo stato delle cose esistenti al tempo della donazione, nè si potrebbe sortire mai da quello stato, come quando si contempla la validità o la invalidità, la lesione o non lesione di una vendita, non si esce dal contratto, e dal valore dei beni di quel tempo. Ma tanto è lungi che si debba fare quella limitazione che il donatario si prevale della fortuna posteriore del donatore per sanare un atto dapprincipio vizioso. E perchè dunque non dovrà egualmente risentire l' effetto d' una legge operante nel medesimo intervallo? Qual diritto irrevocabile potrebbe opporre un donatario contro il legittimario, o contro la legge in forza di un atto che può non rimanere nella sua prima misura, e ricevere una novazione dal tempo; e quindi come può il donatario combattere contro il legittimario con un titolo, e con una ragione, della quale il legittimario non si può prevalere contro di lui?

Se fosse vera la tesi dei donatarj sarebbe pur vero che il legittimario potrebbe far rescindere una donazione, che nel tempo in cui fu fatta assorbiva la legittima quantunque prima della morte fosse sopravvenuto un sufficiente patrimonio al donatore. Ma ciò è falso. Dunque è falso che l' atto solo della donazione possa servir di norma a determinare la sua *riduzione*.

Da tutto ciò dunque si vede, che stando la stessa legislazione, la quota legale, considerata tanto nella legge, quanto nel contratto, si determina bensì dietro il disposto della legge vigente *al tempo della donazione*, e avuto riguardo allo stato del patrimonio allora esistente; ma non viene perciò di necessaria conseguenza che la *riduzione*, che si fa alla morte del donatore, eseguire non si possa anche colla norma

di una legge intermedia fra la donazione e la morte del donatore. Imperocchè in questo caso non si tratta d'impugnare la donazione nè come inofficiosa, nè come illegale, ma si tratta solamente di far supplire dai donatarj ad un obbligo imposto dalla sola legge, a cui in ogni tempo erano esposti verso i legittimarj, trattandosi d'un oggetto di spettanza totalmente legislativa, e che fra i contraenti non poteva prima essere nè regolato, nè predominato.

Se ben si considera la cosa, la vista usata sotto l'impero d'una legge che si trova la *medesima* tanto nel momento della donazione, quanto nel momento della morte del testatore, non può servir di norma a ragionare precisamente nella stessa maniera nel caso d'un cangiamento della legge, a meno che non si provi un anterior diritto *irrevocabilmente* acquistato, contro il quale cessa l'azione della nuova legge.

Si può dunque far valere la teorìa dell'antecedente legislazione senza escludere la riduzione alla misura della nuova legge. Difatti quando si tratta d'un testamento anteriore al Codice d'un uomo, che muore dopo la di lui pubblicazione, si fanno le stesse indagini sulla legalità del testamento, e sulla disposizione del testatore, e in ciò si prendono per norma le leggi *anteriori*, e la disposizione passata dell'uomo; ma tutto ciò toglie forse che la *riduzione* non si faccia secondo la misura del Codice posteriore? La quistione dunque in ultima analisi si ridurrebbe a sapere se la RIDUZIONE DELLE DONAZIONI SI POSSA ESEGUIRE COME LA RIDUZIONE DEI TESTAMENTI. Per rispondere negativamente converrebbe provare che la riserva di una donazione si possa considerare vivente il donatore come *inalterabile* dal legislatore.

Di più converrebbe non aver sott'occhio le leggi, e le autorità allegate nella nota IV., e specialmente la *l.* 9 *Cod. de inof. donat.* che parifica la riduzione fatta nei testamenti a quella delle donazioni, e per la causa e pel tempo, e quindi per la quantità.

Volgendo quindi il pensiero all'interpretazione, ed all'applicazione della Novella 92, il di cui senso fu contro il sig. Grenier luminosamente illustrato, e dottamente soste-

nuto nelle conclusioni sulla causa Morando (pag. 31 a 39), ecco quello che in conseguenza mi rimane ad osservare.

Sotto due ipotesi conviene riguardare la disposizione di Giustiniano. La prima si è quella che la legge riguardante l'azione della legittima sulla donazione vigente al tempo della morte sia quanto alla misura la *stessa* di quella che esisteva al tempo della donazione. La seconda che sia *diversa*. La prima di queste ipotesi è quella che è ordinariamente contemplata da tutti i legislatori, ma in quest' ipotesi consultando la sola Novella 92 non si decide la quistione attuale nè per una parte, nè per l'altra. *L'identità* della misura nel tempo della donazione, e nel tempo della riduzione non lascia luogo nemmeno a pensare alle conseguenze che potrebbero aver luogo in una ipotesi contraria. Sarebbe dunque strano il voler applicare la disposizione che deriva essenzialmente dalla supposizione dell' *identità* al caso in cui si figura la *diversità*. Nella supposizione dell'identità è ben naturale che la riduzione si faccia impiegando la stessa misura esistente al tempo della donazione, appunto perchè la legge vigente al tempo della riduzione è la *stessa* di quella che dominava al tempo della donazione.

Ma nel caso della *diversità* fra l'una e l'altra ne viene forse la conseguenza che la legge posteriore *debba servire* all'*anteriore*? Ecco il gran nodo della quistione.

Colla identità si confonde tutto in modo che non si può discernere se l'una legge possa servire all'altra, convien dunque ricorrere ad un principio *estrinseco*, e di un ordine superiore per decidere la quistione. Convien far uso dei principj legislativi, porli in armonia collo spirito e colle regole generali della materia di cui si tratta, e dire a se medesimi: se lo stesso legislatore trovasse acconcio di accrescere la quantità della legittima, ritenuto tutto il sistema della successione, e della *prevalenza* della legittima sulle mere liberalità da lui adottato, quale sarebbe la disposizione, che ne verrebbe di conseguenza? Ecco la vera ed unica ricerca che si dovrebbe proporre.

Non ho bisogno di annotare che questa ricerca è fissata

dalla ragion legale, ed è anzi dessa uno dei canoni i più solenni della Esegetica.

Se v'ha circostanza, nella quale sia necessario di procedere in questa maniera, si è appunto la presente. In questo senso solamente io ragiono sulla Novella 92, ben lontano dal pretendere che la disposizione espressa e isolata della medesima serva a decidere la quistione o per una parte, o per l'altra, perchè essa non contempla il concorso di due leggi, l'una delle quali succede all'altra, alterando la quantità della legittima pendente la vita del donatore.

Questa verità è stata riconosciuta da uno dei più stimabili ed illustri difensori dei donatarj = Non potendosi (dice « egli) ritrarre alcun presidio diretto della tesi proposta « dalla Novella 92, si deve sciogliere colla scorta *delle « teorie del diritto* romano nella soggetta materia, *e coi « principj generali di ragione* (a).

Ora trattando la quistione coi principj generali della materia, e coi motivi, e colle premure del legislatore, siccome da una parte si trova una riserva *legislativa* su di una materia di diritto personale e *successorio*, che fino da principio legò il contratto, e che segue la donazione fino alla morte del donatore; e siccome dall'altra parte questa riserva (in cui i contraenti non sono che *passivi*, nè prestano che ubbidienza) viene modificata per l'autorità stessa di chi la introdusse prima che fra il donatario e il legittimario esistesse veruu diritto irrevocabilmente quesito colla morte del donatore, o con altro atto convenzionale; così ad onta che per *valutare la intrinseca validità dell' atto di donazione* si consultino le *leggi antecedenti*, e si determini il loro effetto, per iscoprire che cosa rimanga dopo la riduzione che si fa colla legge posteriore, cionnonostante si lascia tutto il luogo all'azione della medesima legge posteriore.

Questa conclusione è confermata coi principj generali accennati nella nota IV. e VI.

Premesse queste generali osservazioni passo al punto pre-

(a) Conclusione per la causa Morando ec. pag. 41. 42.

ciso del testo della mia disputa (dice il legittimario), a cui appongo questa nota dichiarativa. In due sensi si può assumere la parola *collazione*, l'uno proprio, e l'altro improprio. Il proprio è quello che viene annesso a quella operazione che fanno più coeredi, mediante la quale considerano o pongono nell' asse ereditario i beni a loro derivati dal defunto affine di dividerli secondo le leggi. Questa ha luogo tanto nelle successioni intestate, quanto nelle successioni testamentarie. L'oggetto diretto di questa operazione è propriamente la conservazione o dell' eguaglianza, o di quella misura in genere che la legge impose nella *divisione*.

La collazione presa in un senso *improprio* è quella che si fa in caso di una donazione per la detrazione della legittima. Per essa colla riunione dello stato del patrimonio del donatore, considerato nei due tempi della donazione, e della morte, e riunito per finzione, si pone in computo anche la cosa donata; e passando indi al calcolo di proporzione della quota legittima, prima su tutto lo stato riunito del patrimonio, e indi sullo stato residuale del medesimo risultante dalla detrazione dei beni donati, si scopre se i beni residuali bastino o no a coprire la quota determinata proporzionale a tutta la sostanza, ossia a tutto il patrimonio configurato nella prima operazione. Di questa collazione impropria io voglio parlare nel testo.

Ad ogni modo però anche nella collazione *propria* può incontrarsi tanto la prestazione della legittima, quanto una *donazione*, la quale debba essere posta in massa. Ora la quistione che io voglio presentare non versa sul *modo* di fare questa collazione generica, ma bensì si riduce a sapere se, incontrandosi in una divisione che si deve eseguire sotto l'impero del codice Napoleone, una donazione *anteriore* fatta ad un coerede, con qual legge eseguire si debba la collazione, cioè usando della legge anteriore vigente al tempo della donazione, o della legge posteriore vigente al tempo dell'apertura della successione?

Questa quistione è stata più volte decisa dalla Corte di Cassazione dell' Impero Francese in una maniera uniforme

specialmente in quelle donazioni, le quali non involgevano una *instituzione contrattuale* di erede, o qualche cosa che rassomigliasse alla medesima, come ne fanno fede le seguenti parole di Sirey = Nombre d'arrêts de la Cour de Cassation « decident que l'obligation ou la dispense de rapport est « determinée par les lois existantes A' L'ÉPOQUE DE L'OUVER- « TURE DE LA SUCCESSION sans égard aux lois existantes à « l'époque de la DONATION qui assura le don dont le rapport « est demandé d'une part, et refusé de l'autre (*a*).

Ora è vero o no che nella operazione complessiva della collazione propria vi entra anche come parte il calcolo, e la detrazione della legittima? Se dunque egli è vero che la collazione si deve regolare secondo le leggi vigenti al tempo della successione anche rispetto alle donazioni *anteriori*, e non secondo le leggi vigenti al tempo della fatta donazione, ne viene di necessaria conseguenza che la fissazione e la detrazione della legittima dalle donazioni medesime nella divisione da farsi si dovrà eseguire applicando le leggi della successione, e non le leggi anteriori della donazione.

Questa operazione è propriamente l'effetto immediato dell'articolo 843 del codice, che si riferisce anche alle donazioni anteriori alla sua pubblicazione, come venne sempre inteso sì dalla prelodata Corte di Cassazione, che da altri Tribunali inferiori. E sebbene piacesse di adottare l'applicazione restrittiva della Corte di Appello di Liegi nella causa DEHEUSCH, decisa nel 27 Febbraio 1810, cionnonostante sarebbe sempre vero che il detto articolo si riferirebbe a donazioni *anteriori*, che secondo la anteriore legislazione erano soggette a collazione (*b*). Ora per la quistione mia con voi agitata in termini generali basta anche questa restrizione per

(*a*) Recueil ec. tom. 10, II, partie pag. 261 nella causa Deheusch.

(*b*) L'art. 843 du Cod. Napoléon . . . . ne concerne que « les donations qui étaient sujettes au rapport *avant* le Code « Napoléon, et celles qui ont été faites depuis la promulgation « de ce Code, dans laquelle la dispense de rapport n'a point été exprimée. » Sirey loc. cit. pag. 262, 263.

farvi sentire che una donazione fra vivi anteriore risente l' effetto della nuova legge, e soffre la detrazione della nuova legittima.

È vero che Giustiniano ha lasciato al figlio donatario la scelta di rinunziare all'eredità, e di ritenere la donazione, ma questa facoltà è condizionata, e legata alla soddisfazione della legittima; dunque se la legge nuova prevale alla abrogata, sì perchè quella dispensa non è dell'uomo, ma è della legge sola, e sì perchè la donazione antecedente si considera in termini generali colla sola riserva della legittima agli altri figli fatta ad un figlio emancipato (senza di che si risolverebbe in donazione *causa mortis*), ne viene di necessaria conseguenza che la detta donazione è soggetta a collazione a termini del codice Napoleone. Dunque la detrazione della legittima della donazione con molta maggior ragione si fa applicando la nuova legge, e non l'antecedente.

Nota VIII. §. 20 pag. 48.

Quando parliamo delle affezioni del legislatore, non parliamo di quelle dell'uomo, ma bensì di quelle che secondo le eminenti vedute della ragion legislativa animano le di lui intenzioni. Quando SOLONE diceva agli Ateniesi di aver loro date non le migliori leggi, ma solamente quelle che allora potevano sopportare, egli manifestava loro il desiderio di migliorare col tempo certe leggi e certe instituzioni, quando le circostanze lo comportassero. Il legislatore che si trova in questa posizione volge in mente le utili innovazioni, talchè il legislatore che vien dopo si uniforma al voto di quello che precedette. Ora se le nuove e le vecchie leggi si possono combinare, se essendo palese il desiderio dell'antecedente legislatore, cui le circostanze dei tempi non permisero a lui di effettuare, egli sarà certamente il più nobile ufficio dell'Esegetica quello di cogliere quella affezione per trarre la legge antecedente alla nuova, e questa a quella. Questa topica d'interpretazione fu già annotata da alcuni Giureconsulti, nè abbisogna di autorità perchè è raccomandata dalla ragione.

Nota IX. al §. 27. pag. 68.

La disposizione precisa retroattiva di quella tanto famosa legge era inserita nell'articolo primo. Per esso si annullavano tutte le disposizioni *causa mortis*, l'autore delle quali era ancor vivo, O ERA MORTO NEL 14 LUGLIO 1789, O DAPPOI.

In quest'ultima parte stava la retroattività = En France, dice Locré, (a) on n'est contrevenu à ce principe que par « la loi du 17 Nivose an 2 *qui faisoit remonter au* 14 *Juillet* « 1789 l'égalité absolue des partages. »

« Encore cette loi se défendoit-elle du reproche de ré« troactivité en donnant à ses dispositions une couleur qui « sembloit ne les appliquer qu'à organiser un principe admis « à l'époque à laquelle elle faisoit rémonter leur effet ».

Nota X. al §. 29 pag. 72.

» Il y a deux espèces de droits acquis, les *personnels*, « et les *réels* ».

« Les personnels sont ceux qui sont attachés aux per« sonnes, comme les droits de cité, la capacité civile etc. »

« Les réels sont ceux qui sont attachés aux biens, c'est« à-dire, tous ceux qui ont pour objet les biens, meubles, « ou immeubles ».

« Les droits personnels, lors même qu'ils sont acquis, « lors même qu'ils ont été stipulés irrévocables, ou declarés « tels par une loi expresse, peuvent être néanmoins abolis, « ou modifiés par une loi nouvelle, mais à compter seule« ment de sa promulgation, et seulement pour les *actes et* « *effets* postérieurs, sans que la loi nouvelle puisse rétroagir « sur ce qui *a été fait en vertu de ces droits*, ni sur aucuns « des effets qu'ils ont produits, sous l'empire et en vertu « des dispositions de la loi ancienne ».

(a) Esprit. du Code Civil titre preliminaire, II. partie à l'article 2 n. 1.

« Quant aux droits réels, s'ils résultent de conventions « expresses, et s'ils ont été stipulés irrévocables, ou décla-« rés tels par la loi existante, ce sont des droits acquis « qu'une loi nouvelle ne peut abolir, altérer, modifier, « changer ni régir en aucune manière, pas même pour les « effets postérieurs à sa publication;

« Elle ne peut les régir en aucune manière lors même « qu'ils ne s'ouvrent, qu'ils ne se réalisent et ne produisent « leurs effets, que postérieurement à sa publication;

« Lors même qu'ils étaient soumis à des conditions qui « ne s'accomplissent, ou à des événemens incertains qui « n'arrivent que sous l'empire de la loi nouvelle;

« Lors même qu'ils n'étaient pas accompagnés de la sai-« sine des biens sur lesquels ils étaient établis, et qu'ils « pouvaient être altérés dans leurs effets, et même entière-« ment anéantis dans leurs résultats, par des actes qu'auto-« risaient les lois anciennes, et qu'autorise la loi nouvelle....

« Il y avait aussi des DROITS RÉELS qui sans conventions « expresses, étaient établis, et acquis en vertu et par la « seule autorité des lois alors existantes.

« Mais les uns étaient fondés sur des *conventions tacites*, « tel que le douaire coutumier que les époux avaient évi-« demment en la volonté d'établir, lorsqu'ils n'avaient pas « dérogé à la loi qui le conférait de plein droit;

« Les autres, purement *statutaires*, ne pouvaient faire « présumer des conventions entre les parties intéressées, et « même, dans certains cas, ne pouvaient avoir été conve-« nus par elles, tels que les *exclusions coutumières* qui « étaient prononcées par l'autorité de la loi contre les filles « qui se mariaient, sans qu'il fut besoin de leur consente-« ment à ces exclusions, sans qu'elles eussent même le pou-« voir de s'y opposer, et les *douaires des enfans*, qui con-« sistaient dans une portion des biens du mari, laquelle « était conférée de plein droit, dès l'instant du mariage, « aux enfans qui devaient en naître.

« Les premiers ont la même force que s'ils avaient été « acquis en vertu des conventions expresses, et en consé-

« quence ils restent egalement soumis, pour tous leurs effets,
« aux dispositions de la loi, qui était en vigueur, lorsqu'ils
« ont été acquis, sans pouvoir être aucunement atteints par
« les lois posterieures.

« Les seconds *n'ayant d'existence que par l'autorité*
« *des lois* qui les ont établis, ne peuvent conserver de force
« et de valeur qu'autant que ces lois conservent elles-mêmes
« de l'autorité, et la loi nouvelle qui abroge les unes, abolit
« consequemment les autres.

« Tels sont les principes généraux sur la matière des
« *droits acquis, et sur l'effet retroactif des lois* (*a*). »

Da questo tratto si vede quale differenza passi fra le materie reali, e le materie personali, allorchè si tratta di diritto quesito e di retroattività. Nelle prime basta che la legge anteriore dichiari irrevocabile *il diritto acquistato*, perchè rimanga tale a fronte della legge posteriore, senzachè intervengano su di esso atti posteriori positivi, come transazioni o cose giudicate, onde resistere alla novazione della legge stessa posteriore. Nelle seconde non basta la disposizione o la dichiarazione della legge anteriore, ma si esige un fatto convenzionale, o una cosa giudicata per produrre un effetto irreformabile da una legge posteriore. Per quelle vale la disposizione di Giustiniano = *quæ etiam ad* præterita *negotia referri sancimus nisi transactionibus et judicationibus sopita sint* (*b*), o per dirlo in una maniera più generale con Gottofredo = *Lex quotiescumque ad præterita negotia porrigitur, negotium jam finitum transactione vel sententia non comprehendit* (*c*).

Eccovi pertanto provata la mia distinzione.

(*a*) Chabot d'Allier questions transitoires. V. droits acquis.
(*b*) L. unic. §. ult. Cod. de contractibus judicium.
(*c*) Ad novell. 115 cap. I nota 8.

Nota XI. al §. 34. pag. 86.

Al diritto di succedere appartiene essenzialmente anche quello della legittima. A chiunque non è forestiero alle discussioni nate sullo stato civile, e sulle capacità che egli attribuisce, è manifesto che il principale oggetto è stato sempre il diritto sì attivo che passivo di successione nei beni ad un defunto. Oltre le prove già allegate nel testo si può consultare il Locré nello spirito del Codice all' art. 10 del Codice pag. 198, dove si parla dei figli nati in paese straniero, all' art. 11 sul diritto di Albinaggio pag. 201 e seg., all' articolo 20 n. 11 pag. 261 e seguenti, e finalmente all' art. 25, sul quale si sono già riportati i passi nel testo.

Nota XII. al §. 34. pag. 88.

« Altri diritti sono meramente personali, indipendenti da convenzioni, e dal volere de' cittadini, ed aventi la loro base nella sola legge che gli attribuisce, e gli abroga come crede più conducente alla pubblica autorità, giusta i sublimi concepimenti della sapienza legislatrice, che presiede al comune interesse degli uomini, e alla politica degli Imperj; altri sono diritti che si acquistano dai cittadini sotto la garanzia delle leggi con tutti que' mezzi ch' esse permettono, e sotto le forme che esse prescrivono pel mutuo commercio delle cose, e per tutte quelle disposizioni che sono la conseguenza del diritto di proprietà ».

« Da ciò emerge l' antica e notissima distinzione fra leggi *personali*, e *reali*, fra quelle che sono RELATIVE ALLO STATO E ALLA CAPACITA' DELLE PERSONE, e quelle che regolano la disposizione de' beni. Le prime colpiscono l' uomo nello stato in cui si ritrova; e siccome il cambiamento, e le modificazioni delle qualità personali dipendono dal potere assoluto del legislatore, che si decide dietro l' ordine delle cose, ed i bisogni della società, ed è quindi evidente che lo stato degli uomini è sempre *condizionale*, ed incerto per

l'avvenire, non può mai dirsi che rispetto alle nuove condizioni, imposte da tali leggi allo stato medesimo, esse abbiano effetto retroattivo. Le seconde, che riguardano i beni e prescrivono i mezzi di acquistarli, e di trasmetterli in forza del diritto di proprietà, tuttochè onninamente dipenda dall'autorità legislatrice segnare il modo di esercitarla, dal momento però che i cittadini sotto l'impero delle medesime lo abbiano *esercitato in effetto* sotto le forme prescritte, ed in quella estensione, che loro era permesso; dal momento che si parla di un diritto acquistato, cioè di un diritto *irrevocabile*, e non *temporario*, la legge posteriore non può loro nè toglierlo, nè diminuirlo senza operare un effetto retroattivo ».

« Conclusioni nella causa Morando pag. 25. »

Voi dite (prosegue il legittimario) che le leggi relative *allo stato* e *alla capacità delle persone* colpiscono l'uomo nello stato in cui si trova, nè possono temere il vizio di retroazione se non in un affare già consumato sotto l'antecedente legislazione. Ma fra le leggi relative allo stato, ed alla capacità delle persone si annoverano le leggi che dispongono sulle *donazioni* e sulla legittima tanto rispetto alla capacità, quanto rispetto alle condizioni: dunque secondo la vostra stessa teoria ne viene che prima che l'affare della legittima sia fra il donatario e il legittimario consumato colla successione del donatore, la legge intermedia fra la donazione e la morte può innovare la quantità della legittima a carico anche del donatario senza vizio di retroazione.

La minore del mio argomento è provata da ciò che dissi al §. 33 e 34. Ivi vi dimostrai che le leggi riguardanti i diritti civili strettamente tali sono tutte leggi *personali*, postochè i diritti civili riguardano appunto *lo stato e le capacità delle persone*. Ma la legge ha espressamente annoverato fra questi *diritti civili* la capacità di dare e di ricevere per donazione, e quello di disporre, e di ricevere per successione. Essa di più ha regolato le condizioni dell'una e

dell'altra materia in conseguenza delle capacità e delle relazioni personali. Dunque è provato che le leggi sulle donazioni, e sulla legittima furono dal legislatore riferite, e appartengono alle materie personali, e dipendono dai diritti personali.

Conchiudo dunque in generale. O voi volete riferire la materia delle donazioni fra vivi, e della legittima alla ragione *personale*, o alla *reale*. Nel primo caso la vostra eccezione di retroazione non sussiste per le cose stesse da voi confessate. Nel secondo caso non sussiste nemmeno perchè si tratta d'un genere di diritti reali che erano sotto alla pura disposizione della legge, e nella quale essa poteva operare senza vizio di retroazione, come vi ho dimostrato nella nota VI, VII e X, e col sig. Chabot d'Allier, e colle decisioni autorevoli da me citate. Prendete dunque la cosa come vi piace, e voi avete sempre torto.

Nota XIII. al §. 38 pag. 99.

« Loi relative aux adoptions faites avant la publication « du titre VIII. du Code civil; decrétée le 25 Germinal « an XI; promulguée le 5 Floréal suivant (Bulletin des « lois n. 271.).

« Toutes adoptions faites par actes autentiques depuis « le 18 Janvier 1792 (vieux style) jusqu'à la publication « des dispositions du Code civil relatives à l'adoption, seront « valables, quand elles n'auraient été accompagnées d'au« cune des conditions depuis imposées pour adopter et être « adopté ».

2.me « Pourra néanmoins celui qui aura été adopté en « minorité, et qui se trouverait aujourd'hui majeur, renon« cer à l'adoption dans les trois mois qui suivront la publi« cation de la présente loi ».

« La même faculté pourra être exercée par tout adopté « aujourd'hui mineur, dans les trois mois qui suivront sa « majorité ».

« Dans l'un et l'autre cas la renonciation sera faite de-
« vant l'officier de l'état civil du domicile de l'adopté et
« notifiée à l'adoptant, dans un autre délai de trois moi ».

« 3.me « Les adoptions auxquelles l'adopté n'aura point
« renoncé, produiront les effets suivants:

« Si ces droits ont été réglés par acte ou contrat authenti-
« que, *disposition entre-vifs* au à cause de mort, FAIT SANS
« LÉSION DE LEGITIME D'ENFANT, transaction ou jugement
« passé en force de chose jugée, il ne serait porté aucune
« atteinte auxdits acte, contrat, disposition, transaction ou
« jugement, lesquels seront exécutés selon leur forme et
« teneur ».

4.me « En l'absence ou à defaut de toute espèce d'actes
« authentiques, specifiant ce que l'adoptant a voulu donner
« à l'adopté, celui-ci jouira de tous les droits accordés par
« le Code civil, si, dans les six mois qui suivront la publi-
« cation de la présente loi, l'adoptant ne se présente devant
« le juge de paix de son domicile, pour y affirmer que son
« intention n'a pas été de conférer à l'adopté tous les droits
« de successibilité qui appartiendraient à un enfant legi-
« time ».

« Cette faculté d'affirmer l'intention, est un droit per-
« sonnel a l'adoptant, et n'appartiendra point a ses hé-
« ritiers ».

5.me « Dans le cas ou l'adoptant aurait fait l'affirmation
« énoncée dans l'article précedent, et dans le délai prescrit
« par cet article, les droits de l'adopté seront, quant à la
« successibilité limités au tiers de ceux qui auraient appar-
« tenu à un enfant legitime ».

6.me « S'il resultait de l'un des actes maintenus par
« l'article 3.me, que les droits de l'adopté fussent inferieurs a
« ceux accordés par le Code civil, ceux ci pourront lui être
« conférés en entier par une nouvelle adoption dont l'in-
« struction aura lieu conformement aux dispositions du Code,
« mais sans autres conditions de la part de l'adoptant que
« d'être sans enfants ni descendants légitimes, d'avoir quinze

« ans de plus que l'adopté, et si l'adoptant est marié, « d'obtenir le consentement de l'autre époux ».

7.me « Les articles 347, 348, 349, 351 et 352 du Code « civil, au titre de *l'adoption*, sont, au surplus, declarés « communs a tous les individus adoptés depuis le decret « du 18 Janvier 1792, et autres lois y relatives.

« Loi relative au mode de réglement de l'état, et des « droits des enfants naturels, dont les pères et mères sont « morts depuis la loi du 12 Brumaire an XI jusqu'à la « promulgation des titres du Code civil sur la paternité « et la filiation, et sur les successions; decretée le 14 Flo- « réal an XI; promulguée le 24 du même m ois(Bulletin « des lois n. 278.).

Art. 1.er » L'état et les droits des enfants nés hors « mariage, dont les pères et mères sont morts depuis la « promulgation de la loi du 12 Brumaire an II, jusqu'à « la promulgation des titres du Code civil sur la *paternité* « *et la filiation*, et sur les *successions*, seront reglés de « la maniere prescrite par ces titres.

2.me « Néanmoins les dispositions entre vifs ou testa- « mentaires, antérieures à la promulgation des mêmes titres « du Code civil, et dans lesquelles on aurait fixé les droits « de ces enfants naturels seront executées, sauf la redu- « ction à la quotité disponible, aux termes du Code civil, « et sauf aussi un supplement, conformément à l'article 761 « de la loi sur les *successions*, dans le cas ou la portion « donnée ou léguée serait inférieure à la moitié de ce qui « devrait revenir à l'enfant naturel, suivant la même loi.

3.me « Les conventions et les jugements passés en force « de chose jugée, par lesquels l'état, et les droits des dits « enfants naturels auraient été reglés, seront executés selon « leur forme et teneur ».

Nota XIV. §. 42. pag. 108.

Ecco la dichiarazione generale di Giustiniano apposta a tutti i suoi Codici circa l'effetto che debbono avere le sue leggi:

Leges autem nostras, quæ his Codicibus, id est institutionum *seu elementorum*, et digestorum *vel pandectarum posuimus suum obtinere robur ex tertio nostro felicissimo sancimus consulatu præsentis duodecimæ indictionis tertio Kalendas Januarias in omne ævum valituras, et una cum nostris* constitutionibus *pollentes, et suum vigorem in judiciis ostendentes in omnibus causis sive quæ postea emerserint, sive quæ in judiciis* adhuc pendent, *nec eas* judicialis, vel amicalis *forma compescuit; quæ enim jam vel* judiciali sententia *finita sunt, vel* amicali pacto *sopita hæc resuscitari nullo volumus modo.*

L. 2, § 23 *Cod. de veteri jure enucleando.*

DICHIARAZIONE FINALE.

Tutte le premesse note sono scritte nel senso o dei donatarj o dei legittimarj, secondo che esse si riferiscono al discorso degli uni o degli altri, senzachè in esse o nel testo, l'Autore di quest'Opera pretenda di spiegare il suo positivo sentimento.

QUESTIONI DI DIRITTO.

Prede marittime.

Alle quistioni risguardanti le prede marittime fu assegnato un posto in questo volume. Prima di discendere alle medesime, stimo acconcio di ricordare succintamente le principali e men dubbie nozioni che possono servire a sciogliere le quistioni medesime.

A quattro sommi capi si possono ridurre siffatte nozioni, cioè:

1.° Al diritto.
2.° Alla competenza giudiziaria.
3.° Alla procedura.
4.° All'aggiudicazione.

§. 1. *Nozioni relative al* diritto *delle prede marittime.*

Riguardo al diritto relativo alle prede marittime si può domandare:

1.° Che cosa s'intenda col nome di *preda marittima* considerata come atto?

2.° Qual è il fondamento di diritto col quale quest' atto viene dalla pratica canonizzato? E però quali sono le *cause* che possono renderlo legittimo o illegittimo?

3.° Da chi si può o non si può esercitare il diritto di predare?

4.° Contro chi si può o non si può esercitare questo diritto?

5.° Quando si può esercitare?

6.° Dove si può o non si può esercitare?

7.° Come si può o non si può esercitare?

8.° Quali sono i principj di ragione riguardanti il ricupero e il riscatto delle prede?

9.° Quali sono le regole generali di giurisprudenza riguardanti l'applicazione dei principj di diritto sulle prede?

Riassumiamo ognuno di questi quesiti, e rispondiamo ad essi in conseguenza dei principj meno dubbj della giurisprudenza vigente presso di noi.

§. 2. *Che cosa s' intende col nome di preda marittima considerata come atto?*

L' atto della preda marittima, che altrimenti si può denominare *predamento marittimo* (1), considerato come puro fatto, si è l'arresto o l'apprensione fatta in mare d'un vascello, d' una nave e d' ogni altro bastimento, sia ad oggetto di appropriarselo colle cose ch' esso contiene, sia solamente per impadronirsi della totalità, o di una parte del suo carico (2).

§. 3. *Carattere principale del predamento considerato in fatto e in diritto.*

La prima conseguenza che nasce da questa definizione si è che *l' oggetto* proprio e caratteristico del *predamento* sono le COSE, e non le persone, sia che consideriate il fine, sia che consideriate l' effetto dell' atto medesimo. Per lo contrario nella battaglia navale e nell' arresto conseguente delle navi nemiche, l' oggetto principale essendo la tutela delle ragioni dello Stato, e il fine immediato l' offesa o la difesa

(1) Ved. il grande dizionario dell' Alberti. Bassano 1811. Siccome nella lingua italiana la parola *preda* viene applicata tanto all' atto dell' apprensione, quanto alla cosa appresa; così, volendo indicare precisamente l' atto stesso e definirlo, siamo costretti ad usare del vocabolo di *predamento*, come indicativo dell' atto, ossia del soggetto proprio della definizione.

(2) Ved. il supplemento.

contro il nemico, l'apprensione di una nave in combattimento è piuttosto diretto contro le persone ossia contro la forza armata, che contro le cose.

Si può, è vero, cumulare nella battaglia anche la preda all'imprigionamento; come nella corsa spesso si unisce la zuffa, e l'arresto personale al predamento; ma ciò che costituisce e qualifica l'atto si è il carattere principale e predominante dell'atto stesso, sia che consideriate la natura della cosa, sia che consideriate i rapporti di diritto. Come in terra distinguete il bottino dall'imprigionamento di guerra, così pure in mare distinguere si dee il predamento dall'imprigionamento.

Questa distinzione non è inutile per l'applicazione dei regolamenti relativi a questa materia, mentre pare che l'imprigionamento di guerra debba esser regolato coi principj strettamente militari di offesa e di difesa (lochè si rileva specialmente dalle regole dell'aggressione, o della resa al nemico); dovecchè all'opposto sembra che il predamento, considerato in un senso comune ai legni di guerra dello Stato ed agli armatori e corsari, debba essere regolato con principj subordinati all'interesse dei diritti reali, e precisamente colle regole *della corsa di mare.*

L'importanza di questa distinzione si sente vieppiù considerando che, sebbene l'armatore e il corsaro muniti di patente di corso, agiscano con autorità del governo; ciò non ostante assumono l'impresa per proprio conto e pericolo; talchè venendo predati, o soffrendo aggressioni, danni ed avarie, essi non sono indennizzati dallo Stato.

Da tutto ciò pertanto si rileva, che i rapporti predominanti del predamento, considerato per se stesso, sono reali e non personali, e che i rapporti personali sono subordinati e regolati dall'interesse, e dal diritto sulle cose, tanto in ciò che riguarda l'acquisto, quanto in ciò che riguarda la tutela delle cose predate.

§. 4. *Distinzione fra la preda totale ed assoluta, e la preda parziale e rispettiva.*

La seconda conseguenza che nasce dalla sovra recata definizione si è, che considerato il predamento relativamente all' *oggetto suo materiale*, esso si dee distinguere *in totale ed assoluto*, ed *in parziale e relativo.* Il totale ed assoluto si verifica allorchè, tanto il vascello quanto il carico vengono arrestati ed appropriati: lochè nella definizione viene indicato colle parole *ad oggetto di appropriarselo colle cose che esso contiene*. Ciò si verifica, per esempio, allorchè il vascello ed il carico è tutto del nemico. Il parziale e relativo si verifica allorchè non viene predato che *il solo carico*, o *parte del medesimo,* come viene indicato nella definizione: lochè avviene talvolta dal predamento fatto sopra legni neutrali ed amici, sui quali si apprendono o cose del nemico, o merci di contrabbando di guerra; nel qual caso il predamento si risolve in un arresto provvisorio del vascello, il quale viene poi restituito, detratti i generi proibiti (1).

Allora si verifica che considerato il predamento riguardo all' oggetto suo materiale, non è che *parziale*. Considerato poi rispetto alle persone, non è che *relativo*, vale a dire, egli va a danno o del solo nemico le di cui robe vengono apprese, o delle persone che spedirono le cose di contrabbando.

(1) Questa è la massima di diritto pubblico, come si può vedere presso gli scrittori, e nei trattati fra diverse nazioni europee. Questa massima è sanzionata dall'art. 60 del regolamento 27 febbraio 1806. Ivi però si trova un caso di eccezione; e questo si verifica allorchè la roba di contrabbando compone i *tre quarti* del valore della totalità del carico. In questo caso il legno ed il carico sono per intiero dichiarati di buona preda.

§. 5. *Qual è il fondamento di diritto, col quale il predamento viene dalla pratica canonizzato; e però quali sono le cause che possono rendere legittimo o illegittimo il predamento?*

Alla prima parte di questo quesito si risponde che il *fondamento di diritto*, che autorizza il predamento si è LA TUTELA DELLO STATO, o de' suoi *membri* in quanto importa l'esercizio della forza contro chiunque ne offende i diritti, onde reprimere le offese, o costringerlo ad un giusto risarcimento. Tutti i casi delle prede legittime cadono sotto di questo principio, come si vedrà dalle risposte che si addurranno agli altri quesiti.

Il predamento marittimo pertanto, considerato come *diritto*, altro non sarà in generale che l'esercizio fatto in mare della forza pubblica di uno Stato, o di un privato sopra navi pubbliche o private, diretto dai principj della tutela competente ai medesimi.

§. 6. *Delle cause che possono rendere legittimo o illegittimo il predamento.*

Col domandare quali sono le cause che possono rendere legittimo o illegittimo il predamento, avuto riguardo ai *fondamenti di diritto*, si limita la ispezione al titolo, ossia alla ragione primitiva del *predare*, fatta astrazione da quelle circostanze *estrinseche*, dalle quali non per la realità, ma per ragione della prova può in certi casi dipendere la validità o invalidità della preda.

Ristretta l'indagine a questo punto, rispondo che sarebbe sommamente desiderabile che le cause del predamento venissero tutte specificate in un modo atto a servire alla pratica; ma è troppo noto, che ciò non è possibile sia che si contemplino i casi che possono determinare l'esercizio della forza per la tutela pubblica e privata, sia che si riguardino i casi nei quali per diritto di *ritorsione* si può au-

torizzare la rappresaglia sia il caso del blocco, e far variare i rapporti coi popoli amici e neutrali. Se però tutti questi casi non si possono nè annoverare, nè contemplare, e se per conseguenza nello stato ancor bambino della giurisprudenza marittima si dee molte volte ricorrere ai principj della ragion naturale delle genti e politica, e il governo dee nelle occasioni di guerra comunicare sempre nuove istruzioni (1); ciò non ostante vi hanno alcune circostanze contemplate dai trattati e dalle ordinanze, dagli statuti o regolamenti di marina, per le quali nel contenzioso delle prede si determina per lo più se le cose apprese furono o no di buona preda.

Siccome però questi trattati, statuti, ordinanze e regolamenti emanano da un *principio comune* e *generale*, sotto del quale cadono tutti i casi anche non ispecificati; e questo principio si è quello della tutela testè ricordata; così si può determinare almeno in generale che le cause e le circostanze autorizzanti il predamento, stanno tutte entro i rapporti della tutela, e però che il diritto conseguente di predare vien creato e diretto dalla forza reale delle circostanze che rendono necessario il predamento.

Per la qual cosa volendo rispondere con una formola generale alla domanda: *quali sono le cause o i titoli* autorizzanti il predamento, diremo che « si debbono considerare « come cause o titoli autorizzanti il predamento tutti quei « fatti e quelle circostanze, le quali lo rendono *necessario* « sia ad oggetto di allontanare o far riparare un'offesa pas« sata o presente, sia per prevenirne ogni altra, della quale « si può ragionevolmente temere l'evento. »

Enunziato il principio in questa *generalità*, esso presenta lo stesso aspetto e gli stessi rapporti che convengono alla guerra e alle pene; colla sola differenza delle circostanze e delle relazioni marittime. E ciò a ragione, poichè è abbastanza noto e stabilito che il diritto del predamento cade sotto la sfera o del diritto di guerra, o di quello di

(1) Regolamento 2 novembre 1808, art. 1.

punire, o di quello della difesa privata che appartiene alla prima guerra degli uomini, come avremo occasione di osservare più sotto.

§. 7. *Predominio della verità estrinseca e provata nelle relazioni marittime.*

Qui cade una osservazione importante, della quale nei trattati e nei regolamenti si vede l'applicazione e l'estensione, ma che teoricamente non è stata bene avvertita; sebbene da essa dipende la differenza fra l'ipotesi del filosofo, e i dettami pratici del legislatore e del magistrato. L'uomo non potendo vedere le cose nella loro *intrinseca* verità, ma dovendo arrestarsi all'esteriore delle medesime, e precisamente a ciò che perviene alla di lui cognizione, è costretto per *assoluta necessità di natura* a giudicare e ad agire non dietro lo stato intrinseco, ma dietro lo stato estrinseco e *verificato* dei fatti e delle persone. Ma dall'altra parte dove non si vede chiaro vi è luogo a sospettare ed a temere, e dove vi è luogo a sospettare e temere non vi è *sicurezza*. Ora se la sicurezza forma parte della *tutela* (1), la *certezza* o incertezza della qualità e della apparenza d'un legno incontrato in mare, del capitano padrone e dell'equipaggio che lo conducono, deve dare necessariamente occasione ad uno più che ad un altro esercizio della tutela sì in tempo di pace, che in tempo di guerra. La situazione necessaria del mare induce una essenziale differenza fra le pratiche che possono e si debbono tenere ivi da quelle che si debbono o possono tenere in terra. Sul continente so di camminare sul territorio d'una potenza e sotto la protezione d'un dato sovrano. In alto mare io sono abbandonato a me stesso; e quel luogo stesso che fu prima occupato da un amico, da un neutrale o da un concittadino, può essere nell'istante dopo occupato da un nemico e da un pirata. Il mare rasso-

(1) Genesi del diritto penale, appendice al §. 185, cap. 13, edizione di Firenze 1832.

miglia ad un deserto non difeso da alcuno, nel quale ho ragione di temere di tutto e da tutti.

Fu dunque riconosciuta la necessità che tutti coloro i quali scorrono i mari, e che bramano d'essere garantiti dalle leggi e dai trattati, recassero seco la prova tanto delle loro qualità personali, pubbliche o private, quanto della proprietà del legno e delle cose in esso contenute; talchè la presunzione del buon diritto e la garanzia dipendesse unicamente dalla qualità dei ricapiti ossia dai modi, onde fare estrinsecamente constare delle qualità delle cose e delle persone. Pare che in mare valer debba la regola *che si presume nemico chiunque non è provato amico o neutrale.*

Da ciò ne viene che la ragione della *necessità* che sanzionar deve il predamento ed ogni altro atto di guerra, non si potrà desumere *dalla considerazione ipotetica* e *filosofica* dello stato reale delle cose, ma da ciò che *certamente*, o più probabilmente consta, o può *constare agli uomini*, fra i quali si può esercitare quest'atto. Se dunque avvenisse talvolta un conflitto di ragioni fra la verità intrinseca ed ipotetica delle cose considerate filosoficamente, e la verità estrinseca delle medesime considerate praticamente, si dovranno in questo conflitto far prevalere le ragioni della verità estrinseca, quale *cioè può constare di fatto*; mentre senza di ciò la tutela che inchiude la *sicurezza* non sarebbe mai garantita fra gli uomini e le nazioni.

Queste considerazioni sono di tale importanza ed estensione che mediante le medesime non solamente si dà ragione di molte disposizioni dei trattati e dei regolamenti vigenti, ma eziandio si sciolgono molti casi nuovi non contemplati dai medesimi, senza violare l'unità del principio di ragione, cioè *la tutela* che predomina tutta la materia delle prede, ed anzi applicando il principio medesimo, come ci verrà fatto in progresso di dimostrare.

§. 8. *Come in mancanza di prove convenute o nella discrepanza delle medesime fralle nazioni si può supplire?*

Postochè dalla prova emerge il diritto, nascer può la seguente quistione. Nel caso che due o più potenze non abbiano fissato lo stesso complesso di prove per accertare della qualità delle persone, delle cose e delle azioni, a qual genere di prove attener si dovrà il giudice del predamento, per giudicare della legittimità o illegittimità di una preda fatta?

Prima dell' esposizione di tutti i principj di diritto sulle prede marittime, io non credo che si possa sciogliere con sicurezza nè questa, nè verun' altra quistione. Io mi restringerò soltanto ad accennare che esistono principj di ragione naturale, dai quali derivano i canoni della credibilità. Essi sono di una tanta solidità ed estensione, che malgrado ogni discrepanza di forme, possono condurre alla morale certezza, ossia alla massima probabilità negli affari sì pubblici che privati. E però come nel diritto civile, politico e delle genti in mancanza di disposizioni positive si deve ricorrere ai principj del diritto naturale: così pure in materia di prove in mancanza di forme adottate o nella discrepanza delle medesime, si dee ricorrere ai canoni della buona critica naturale, ossia dell' arte di verificare i fatti, della quale abbiamo tanti esempj e così poche teorie.

§. 9. *Da chi si può o non si può esercitare il diritto di predare?*

Risposta. Si può esercitare da quelle persone, le quali per tutelare le proprie ragioni hanno diritto di farsi giustizia da se medesime. Non si può esercitare da quelle che non hanno questo diritto.

Coll' instituzioni delle società civili essendo cessato il diritto della *privata violenza*, ed essendo stato nel governo posto il diritto di far giustizia tra concittadino e concittadi-

no, fu pure tolto ad ogni individuo dello stato l' offendere o il rivendicare per propria autorità un preteso diritto contro lo straniero sì in terra che in mare; e molto più la facoltà di aggredire un altro popolo anche per un torto ricevuto dal suo governo.

Per lo contrario questo potere per universale diritto essendo stato riposto nella pubblica autorità sì per l' interno, che per l' esterno, e ciò anche per la ragione di far cessare e di prevenire uno stato di guerra perpetua, ne viene che il *pieno* diritto di predare in mare compete esclusivamente ad ogni popolo considerato come persona morale e vivente in istato di naturale eguaglianza ed indipendenza verso ogni altro popolo, il quale nel suo interno mediante il proprio governo dirige le azioni e giudica le differenze che nascono nel suo seno, e nell' esterno fa darsi ragione anche coll' esercizio della forza di ogni danno ed offesa lesiva del diritto sì pubblico che privato. Così nello stato si riunisce il carattere di giudice del proprio diritto e di vendicatore del medesimo. Tale è la forza dei rapporti di persona morale dello stato che vien rassomigliato all' uomo nello stato di naturale indipendenza. Così il privato considerato come membro dello stato medesimo riconosce nel proprio governo un moderatore e regolatore al di dentro, ed un protettore e difensore al di fuori.

Siccome però, malgrado che nel governo risegga l' esercizio della giustizia tra i concittadini; ciò non ostante nel privato rimane sempre il diritto della *necessaria* difesa in caso di aggressione (1); così pure in mare rimane questo diritto al privato per lo stesso titolo, e il predamento è autorizzato. (2)

Per la qual cosa considerando il diritto di predare ri-

(1) Vedi la genesi del diritto penale §. 351, 352 codice dei delitti e delle pene art. 327 e seg.

(2) V. l' art. 34 del decreto di governo dell' impero francese del 2 pratile anno XI.

spetto alle persone che lo esercitano dovremo rispondere che questo diritto appartiene:

1.° Alla forza armata dello stato.

2.° Ai privati, che ne ottennero la facoltà dal governo.

3.° Ai privati, che *d' altronde autorizzati* a navigare, si trovano in necessità di arrestare un legno aggressore per propria difesa. (1)

Siccome però nella materia delle prede la prova fa diritto, così i condottieri di legni debbono essere muniti dei ricapiti convenienti onde far costare della loro qualità.

Per i legni dello stato il governo provvede in varie maniere secondochè la custodia delle coste o del mare territoriale, o le commissioni per l'alto mare richieggono.

Per i legni armati dei particolari in corso si provvede principalmente colle *patenti di corso* (2); e con altri ricapiti secondo la circostanza. Il *corsale* si considera allora come un legittimo predatore.

Finalmente per altri legni che viaggiano per commercio si provvede coi passaporti, coi congedi di mare (3), colle polizze di carico, e coi manifesti che dall' uso furono placitati e riconosciuti fra le nazioni. (4)

§. 10. *Da chi non si può esercitare il diritto di predare?*

Ogni persona non autorizzata come sopra, la quale si permetta di usare della forza in mare contro chicchessia, è considerata come i masnadieri di terra, e porta il nome di *pirata.* (5) Essa può da ognuno essere arrestata e punita come nemico comune dei governi e dei privati. Il predamen-

(1) V. il citato art. 34 del decreto di governo del 2 pratile anno XI.

(2) Veggasi la modula nel supplemento.

(3) V. il citato art. 34 del decreto 2 pratile anno XI.

(4) Veggasi le module nel supplemento.

(5) V. il supplemento.

to del suo legno è dichiarato legittimo in qualunque luogo venga fatto. (1)

Il legno privato autorizzato a navigare per commercio o trasporto, che senza necessità di difesa assale altri legni, commette un atto di pirateria, come se un viaggiatore di terra munito di passaporti assaltasse alla strada, commette il delitto di aggressione. (2)

§. 11. *Contro chi si può esercitare o non esercitare questo diritto?*

Prima di rispondere con particolari enumerazioni a questo quesito, forse il più esteso di tutti nella materia delle prede, è necessario di premettere alcuni principj.

Posto che il diritto di predare è per se stesso di *diritto pubblico*, ed appartiene al diritto di tutela che si esercita colla forza, lochè si riporta in ultima analisi al diritto della guerra (§. 5); ragion vuole, che esso venga diretto coi principj *generali* dell' amministrazione della guerra, i quali per massima *generale* non possono essere diversi in terra ed in mare.

Ciò posto, io osservo che se fuvvi un tempo nel quale guerra si faceva al popolo e non alle armate; e però lo spoglio si esercitava sopra le proprietà particolari come sopra quelle della nazione, donde ne derivavano quelle guerre atroci e personali, che non si finivano che coll' intiera distruzione di uno dei due popoli belligeranti, la cosa non deve più andare così in oggi, che fra le nazioni incivilite fu riconosciuto, che non si possono esercitare ostilità che da governo a governo, e che per conseguenza quanto al personale non si possono trattare come nemici che coloro che sono armati contro di noi per ordine o coll' autorizzazione del go-

(1) Regolamento 27 febbraio 1806 art. 27. Ordinanza della marina di Francia del 1681 art. IV. Decreto consolare 2 pratile anno XI. art. 51.

(2) Decreto governativo dell' impero 2 pratile anno XI. art. 34.

verno. Tale certamente fu il voto di celebri scrittori, tale la massima ed i tentativi spiegati da un' assemblea legislativa della Francia (1), e tale è il principio solennemente proclamato e difeso dal decreto imperiale 21 novembre 1806. « *Le droit de la guerre* (ivi dicesi) *est un et le même sur* « *la terre que sur mer:* il ne peut s'etendre ni aux proprié- « tés privées quelles qu'elles soient ni à la personne des in- « dividus étrangers à la profession des armes. »

Posta dunque questa massima professata solennemente in faccia alle nazioni, ne viene presso di noi che non si potrà esercitare il diritto di predare contro le private proprietà, e le ostilità contro le persone private che in forza del diritto di *ritorsione* (2), e non mai per diritto ordinario e primitivo; talchè se gli altri popoli, coi quali accadesse di aver guerra, dichiarassero la stessa massima, si dovrebbe per regola generale escludere dal catalogo dei legni di buona preda i legni privati del popolo nemico, che viaggiano per causa di innocente commercio, assoggettandoli a quelle sole restrizioni ordinarie che derivano dal blocco, dal contrabbando di guerra, e in generale dalle massime ordinarie di ragione che dirigono le ostilità sul continente.

§. 12. *Del diritto di blocco.*

E postochè il diritto di blocco può indurre una differenza di diritto riguardo alle prede, è necessario di osservare *que le droit de blocus doit être restreint aux places fortes réellement investies par des forces suffisantes.* (3) Il blocco pertanto risulta da tre requisiti simultanei. Il primo che la

(1) *V.* Merlin *répertoire. V.*° *Prise maritime* §. 1.

(2) « Il est de droit naturel d'opposer à l'ennemi les armes « dont il se sert et de le combattre de la même manière qu'il « combat, lorsqu'il méconnaît toutes les idées de justice, et « tous les sentimens liberaux résultants de la civilisation par- « mi les hommes. Decret impérial 21 novembre 1806. Esso « viene riportato per intiero nel supplemento.

(3) Decreto imperiale del 21 novembre 1806.

piazza che si pretende bloccata sia una *piazza forte*. Il secondo che sia realmente investita *colla presenza d' una forza armata*. Il terzo che questa armata sia *sufficiente* a stringere il blocco medesimo.

Posti questi requisiti ne viene in primo luogo, che una piazza che non merita il nome di piazza forte, ed ogni altro luogo del littorale, al quale non si può applicare questa denominazione, non si potrà considerare in diritto *come soggetto di blocco*; e però non si potrà far uso del diritto che appartiene al blocco. Perlochè non saranno soggetti di blocco legittimo le città e i porti di commercio non fortificati, i semplici porti aperti (*havres*), le imboccature dei fiumi ec. (1)

In secondo luogo che non si può dire bloccata una piazza, avanti la quale non esistono legni da guerra nemici, i quali impediscono le comunicazioni. (2)

In terzo luogo che non si può dire che una piazza sia bloccata quando essa non sia investita e circondata da tali forze, che la comunicazione con essa o l' avvicinamento non si possa praticare senza *incorrere in un imminente pericolo*. (3)

Fissati così i caratteri del blocco, rimane a vedere quali sieno le regole di diritto per esercitare il predamento in relazione al quesito proposto. Queste regole si riducono ad una

(1) Decreto imperiale del 21 novembre 1806.

(2) Detto decreto.

(3) Detto decreto. Questi caratteri sono conformi alla nozione del blocco stabilita nel regolamento sulla neutralità armata, pubblicato dalla Russia nel 1780, a cui accedettero le altre potenze marittime dell' Europa, e ripetuta colla convenzione del giugno 1801; al trattato tra la Spagna e l' Imperatore di Germania del 1725; a quello fra la Repubblica Francese e gli Stati Uniti di America del 30 settembre 1800, come più ampiamente si vedrà nel supplemento. Solamente qui a maggiore specificazione della frase *pericolo imminente* fu da qualche trattato espresso, che il porto sia talmente chiuso da due o più vascelli da guerra, o che la piazza sia talmente incomodata da una batteria del nemico, che non se ne possa tentare l' entrata senza esporsi evidentemente al fuoco degli assedianti.

sola. Sono di buona preda tutti i legni senza distinzione di amici, nemici o neutrali, i quali tentano di portare soccorso, o di aver comunicazione colla piazza bloccata. (1)

I legni pescarecci che si trovano entro la sfera del blocco pare che sieno di buona preda per parte della potenza assediante; postochè tendono col prodotto della pesca a recar soccorso di viveri alla piazza bloccata, e possono favorire d'altronde mire contrarie all' assedio.

Questa osservazione parmi necessaria dopochè i legni pescarecci privati furono *per una specie di convenzione tacita fra tutte le nazioni europee* (2) riguardati con ispeciale favore anche a fronte della massima abusiva di trattare come nemici i semplici legni di commercio di ragione privata di mercanti nemici, in conseguenza di che fu ingiunto ai corsari nazionali di rispettar i pescatori nemici al pari dei legni neutrali secondo gli ordini del Governo. (3)

§. 13. *Dei legni pescarecci.*

E postochè, al proposito della ricerca contro chi si possa o non si possa esercitare il diritto di predare, cade il discorso su legni pescarecci della nazione nemica; conviene osservare che tanto per diritto generale, quanto per uso o diritto convenzionale, fuori del caso del blocco sovra espresso, non vengono considerati soggetti a preda legittima. Dico per principio *generale di ragione*; imperocchè posta la massima proclamata in tesi generale dal citato decreto imperiale che la guerra di mare debba essere diretta cogli stessi principj di quella di terra, e che i legni dei privati del popolo nemico navigando per semplice commercio, e non presentando nulla di offensivo, debbano essere esenti dalla conquista,

(1) Regolamento italiano del 27 febbrajo 1806 art. 60. Regolamento francese 25 luglio 1778 art. 1.

NB. Questo regolamento fu richiamato in osservanza col decreto governativo 29 frimale anno 8.°

(2) *V.* Merlin. *répertoire. V.° Prise maritime* §. 3 *art.* 1 *n.* 3.

(3) Regolamento 27 febbrajo 1806 art. 22.

che non può applicarsi che alle proprietà dello stato; ne viene con più forte ragione che « meritar debba un riguardo « generale quella classe d'uomini, il di cui penoso e poco « lucroso lavoro viene ordinariamente esercitato da mani « deboli o invecchiate in un modo totalmente estraneo alle « operazioni della guerra. » (1) Ho detto poi che nemmeno per uso o diritto *convenzionale* i legni pescarecci possono essere considerati come soggetti a preda legittima per le ragioni già addotte nel §. antecedente. Se dunque accade loro questa disgrazia, essa non si potrà ragionevolmente giustificare che in forza di *rappresaglia* provocata dalla violazione d'un'altra potenza contro della nostra, al che sembra alludere il citato art. 22 del regolamento 27 febbrajo 1806.

Ad ogni modo però in qualunque sistema, fuori del caso del blocco e della rappresaglia, non sembra che l'assoluta neutralità, o libertà dei legni pescarecci sia perfettamente *garantita* se non colle seguenti condizioni, cioè:

1.° Che non abbiano armi capaci di offendere altre navi che per avventura possano incontrare;

2.° Che non contengano un equipaggio più numeroso di quanto esige la pesca e la direzione del legno;

3.° Che siano autorizzati a pescare nei luoghi nei quali si trovano.

Queste condizioni, è vero, non sono fissate da precisi regolamenti, ma esse sono determinate dalla ragione e dall'autorità delle decisioni. (2)

(1) Parole del sig. Duffaut procuratore imperiale presso il consiglio delle prede nelle sue conclusioni del 9 termidoro anno 9 nella causa fra il legno corsale *la Carmagnola*, e il Battello portoghese di *Nostra Signora de la Piedad y animas*.

(2) Un esempio si rileva dalla causa succitata che si può vedere nel repertorio del sig. Merlin. *V.° Prise maritime* §. 3 *art.* 1 *n.* 3. V. l'ordinanza del 1681 ib.

§. 14. *Dei legni neutrali. Idea della neutralità.*

La nozione della neutralità involge nel suo concetto per lo meno una doppia relazione della stessa persona o fisica, o morale, fra due diversi contendenti. Nel comune modo d'intendere chiunque si *astiene* dal prender parte nella contesa insorta fra due o più parti, dicesi rimanere neutrale. Ma questo contegno puramente negativo basta forse a somministrare l'idea pratica completa della neutralità fra le nazioni? La neutralità è tutta relativa alla contesa nata fra due estranei. Essa per conseguenza non toglie le comunicazioni pacifiche che i due litiganti possono avere con il terzo indifferente; dunque può avvenire che amendue i litiganti si *trovino presso questo terzo*. Dovendo essi rispettare lo stato del neutrale, il neutrale deve dal canto suo non solamente astenersi dal favorire ogni offesa fra gli ospiti nemici, ma dee in casa propria per quanto è da se proteggere anche colla forza lo stato pacifico, e prevenire ogni scoppio di scambievoli offese. Dunque è chiaro che in casa propria la neutralità importa eziandio il dovere pratico della protezione e della prevenzione da ogni offesa, e quindi importa l'esercizio dell'autorità e della forza per mantenere uno stato di pace e di sicurezza fra l'uno e l'altro dei litiganti, e fra essi e gli altri neutrali, e finalmente fra tutti questi e i proprj sudditi. Oltreciò il popolo neutrale ritiene la propria sovranità al di dentro, la propria indipendenza e le relazioni commerciali al di fuori.

Applicando pertanto queste vedute alle *nazioni*, e volendo far uso d'un concetto veramente *pratico*, vale a dire d'una nozione esprimente i caratteri essenziali della neutralità, come norma direttrice delle operazioni d'un popolo, dovremo conchiudere che col nome di neutralità di un popolo si dee intendere « quello stato pel quale un popolo « nelle sue relazioni estere si astiene dal prender parte e dal « somministrar mezzi alle ostilità fra due o più potenze bel« ligeranti, e dentro il proprio territorio mantiene egual-

« mente fra tutti e verso tutti un contegno pacifico e pre-
« ventivo di reciproche offese, salva sempre la sua indipen-
« denza e le sue relazioni imparziali al di fuori, e la sua
« sovranità nel proprio territorio. »

Questa idea di neutralità abbraccia nel suo concetto tanto le relazioni di terra che quelle di mare.

§. 15. *Osservazione sulla nozione antecedente della neutralità.*

Nella prima parte di questa definizione ho usata la frase di *relazioni estere* piuttosto che quella di *fuori del suo territorio*. Con ciò ho voluto comprendere l'esercizio completo della neutralità in tutta la sua estensione. Essa difatti importa che non solamente una potenza non si armi piuttosto per una che per un'altra parte, nè che eserciti al di fuori atti ostili, o che sorta dal proprio territorio a recar soccorsi di guerra; ma che eziandio non permetta che dal suo territorio escano cagioni offensive delle potenze belligeranti. Di fatti si possono anche nel proprio territorio eseguire o permettere operazioni le quali *offendano* le altre potenze, senzachè si verifichi la violazione immediata e diretta dell'asilo fra le persone che vi sono ricevute. Tale sarebbe il caso in cui una potenza neutrale scientemente tollerasse che nel proprio Stato si tramasse una ribellione, o si facessero preparativi o provvigioni ostili contro la potenza vicina verso la quale professa la neutralità. Dal che si può rilevare che sotto la frase *di somministrar mezzi* si comprende anche la tolleranza accordata alle potenze belligeranti o ai loro agenti di approfittarsi della neutralità onde offendersi scambievolmente.

Nella seconda parte poi ho voluto specialmente indicare un dovere attivo del neutrale, il quale non può aver luogo che *dentro il proprio territorio*.

Niuna potenza neutrale è tenuta di far correre le proprie milizie fuori del suo paese per interporsi nei combattimenti e farli cessare; ma è tenuta bensì nel proprio territorio di

reprimere e di prevenire ogni scoppio di reciproca ostilità, e ciò per il diritto di sovranità che inchiude anche quello della tutela e della sicurezza, cui la potenza neutrale deve mantenere in casa sua, e cui le potenze belligeranti hanno diritto di ottener presso di lei in correspettività della loro astinenza da ogni reciproca offesa.

Oltreciò nel territorio continentale o marittimo d'un popolo neutrale possono concorrere sudditi o agenti di altre potenze parimenti *neutrali*, ai quali se lo Stato dee la stessa tutela e sicurezza, egli ha pur diritto di esigere i riguardi tutti di pace e di buon ordine dovuti all'ospitalità.

Finalmente la potenza neutrale essendo per se stessa indipendente e sovrana, ha pur diritto che da chiunque venga rispettato il proprio Stato e i sudditi che vi abitano, ed anzi essa è tenuta a proteggerli con tutte le sue forze. Dunque essa ha ragione non solamente di mantenere in casa sua la pace fra gli ospiti suoi, ma eziandio di impedire che questi non rechino offesa nè allo Stato, nè a' suoi membri, e in caso che l'offesa avvenga, che essa sia riparata. Ecco il perchè si è detto che dentro il proprio territorio mantiene *egualmente* fra tutti e *verso tutti* un contegno pacifico e preventivo di reciproche offese, piuttostochè dire, mantiene fra gli *agenti o i sudditi delle potenze belligeranti che si trovano nel proprio territorio* un contegno pacifico.

Raccogliendo tutti i caratteri della neutralità si trova che il fondamento universale che sta sotto a tutte le qualità si è l'*indipendenza* e la *pace* del popolo neutrale con tutti e verso tutti, e quindi il diritto alle comunicazioni ed al commercio con tutti in una guisa imparziale ed innocua allo stato di guerra in cui due o più potenze si trovassero fra di loro. Ecco la ragione dell'ultima riserva posta nella definizione.

§. 16. *Osservazioni particolari sulla neutralità marittima.*

Al lume di queste premesse si indica abbastanza quali sieno i rispettivi diritti e doveri fondamentali della neutralità d'uno Stato verso chiunque. E però non sarà difficile di determinare ciò che è di ragione nei casi occorrenti in materia di prede marittime. Conviene per altro osservare che questi sono considerati nella loro *intrinseca entità* e in una vista *comune* alle relazioni sì continentali che marittime. Ora conviene compiere il quadro specifico della neutralità marittima.

Fu osservato che la neutralità è un correlativo della guerra fra terzi (§. 14), che lo stato di guerra importa l'impiego di tutti i mezzi escludenti tanto le offese, quanto il timore o il sospetto delle medesime (§. 5, 6); che la condizione necessaria delle cose, specialmente in mare, esige prove esterne e al più che è possibile accertate, onde escludere ogni motivo di sospettare offese dai legni che s'incontrano (§. 7); dunque in forza delle relazioni necessarie delle cose e del diritto delle genti ne viene che un popolo non potrà esigere che fuori del suo territorio venga riconosciuta e rispettata la sua neutralità, e quindi le cose e le persone, se non esibisce le prove sufficienti che i legni che per suo conto o per quello de' suoi sudditi scorrono il mare, sieno muniti delle qualità proprie alla *neutralità* ch'egli professa.

Non basta dunque fuori del territorio la sola esistenza della neutralità, ma è necessaria eziandio la *prova* della medesima, onde goderne la *garanzia*, ed esercitarne e rivendicarne i correlativi diritti.

La prova della neutralità risulta da' passaporti, dalle polizze di carico, fatture ed altre carte di bordo firmate ed autentiche (1) trovate solamente a bordo del vascello in-

(1) Regolamento 27 febbraio 1806 art. 50. Regolamento francese 1778 26 luglio art. 2.

contrato, senza riguardo a quelle che si producessero dappoi (1).

§. 17. *Osservazioni generali sul diritto e dovere della rispettiva* RICOGNIZIONE *in mare.*

Da ciò nasce il diritto e il rispettivo dovere presso tutte le nazioni di *riconoscersi* a vicenda in alto mare, onde verificare la rispettiva loro qualità, e distinguere il pirata dal corsale, il pacifico mercante dal legno armato, l'amico dal nemico, il neutrale dagli uni e dagli altri. E però fra i naviganti ne deriva il reciproco diritto e dovere di ottenere e di prestarsi alla *scambievole ricognizione*, e di giustificare la propria qualità mediante i metodi stabiliti dall'uso, e spiegati dai regolamenti.

A ciò serve la chiamata all'ubbidienza (*semonce*) che vien fatta dai vascelli dello Stato o dai corsali legittimi (2), alla quale sì i sudditi che gli stranieri si debbono prestare senza distinzione, e dalla quale non si possono sottrarre senza violare il diritto e il dovere della necessaria tutela che compete ad ogni popolo (V. §. 7).

Questa operazione non può essere tentata che dai vascelli dello Stato o da quelli dei sudditi armati in guerra (3), e non mai (come spiega un moderno commentatore dell'ordinanza della marina francese del 1681) da un legno *mercantile*, sì perchè il diritto della tutela pubblica non può essere esercitato che dallo Stato o dalle persone che ne ottennero da lui la facoltà, e sì perchè (come aggiunge lo stesso commentatore) « i vascelli mercantili non avendo al-

(1) Regolamento nostro 27 febbraio 1806 art. 59. Regolamento francese 1778 art. 11.

(2) A questa si riferisce l'art. 62 del nostro regolamento 27 febbraio 1806, corrispondente all'art. 57 del regolamento francese 2 pratile anno XI, e l'uno e l'altro corrispondenti all'art. 12, lib. III, tit. IX dell'ordinanza sulla marina francese 1681.

(3) Vedi il citato art. 12 dell'ordinanza del 1681.

« cun diritto offensivo di corsa sui vascelli nemici, nè quello « di impadronirsene, non hanno perciò nemmeno il diritto « di chiamare all'ubbidienza le navi che incontrano, per « *riconoscerle e visitarle.* »

All'operazione della chiamata all'ubbidienza corrisponde quella di fermarsi *ammainando le vele* (1) e lasciarsi avvicinare per soffrire la visita delle carte e della nave (2).

Siccome però il popolo neutrale non lascia di essere *indipendente*, nè di aver diritto a tutti i riguardi dovuti allo Stato suo di neutralità; così se dalla ricognizione non risulta veruna violazione della neutralità, sia in forza dei trattati, sia in forza dei principj di ragione del diritto delle genti, esso ha un assoluto diritto di non essere costretto a verun atto ultroneo, e quindi di proseguire liberamente il suo cammino. Per la qual cosa se il vascello che lo chiamò all'ubbidienza pretendesse di trascendere questi confini, il vascello neutrale ha diritto, per difendere la sua indipendenza, di opporre la forza alla forza, e in ogni caso che soccomba, sì esso che il governo, da cui dipende, hanno ragione di pretendere dal governo, a cui appartiene il legno o che autorizzò l'armatore ed il corsaro a correre i mari, la riparazione della violenza commessa.

§. 18. *Eccezione di massima.*

Ma se per avventura un dato governo dichiarasse pubblicamente un sistema di violazione dei riguardi dovuti alla

(1) Art. 62 del regolamento 27 febbraio 1806. Art. 57 regolamento francese 2 pratile anno XI.

(2) « Après que la semonce a été faite à la voix ou par un « coup de canon tiré à poudre sous pavillon du roi, le capi- « taine du navire qu'elle regarde, qu'il soit ami allié, neutre « ou français doit amener ses voiles, et se laisser approcher « pour souffrir la visite de son navire et de ses papiers, et si « après cette visite et cet examen il ne reste aucun supçon sur « son navire et sur son chargement, il doit être rélaché. » Comment. all'art. 12, lib. III, tit. IX dell'ordinanza del 1681.

neutralità, sarebbero forse tenuti i legni neutrali di prestarsi alla ricogniaione e alla visita di costume fra quelle naaioni le quali professano il dovuto rispetto al diritto delle genti? Si risponde di no. Imperocchè, posta questa precedente dichiarazione, si dovrebbero riguardare tutti i legni armati che sortono dai suoi porti come altrettanti emissarj determinati ad usare violenza; e però l'atto della chiamata all'ubbidienza sarebbe realmente un principio d'esecuzione di un attentato alla indipendenza e libertà del popolo neutrale; nella stessa maniera che l'avvicinamento d'uomo armato che si dichiarò di voler affrontare un terzo, si dovrebbe riguardare come un principio di esecuzione dell'assassinio. La dichiarazione precedente lesiva del diritto di un popolo susseguita dall'armamento e dalla sortita de' suoi legni armati si risolve realmente in una dichiarazione di offesa ingiusta; e però il popolo che vede spiegato l'attentato ingiusto contro di se è in diritto ed in dovere di difendersi per quanto può contro dell'attentato, in conseguenza di non permettere o soffrire verun atto che possa *agevolarne* la consumazione. Allora ha diritto anche di escludere da' suoi porti coloro che si professarono di offendere la sua indipendenza, come si ha diritto di escludere dalla propria casa lo straniero che ne volesse usurpare il dominio: allora ha diritto di armare e di far scortare i proprj vascelli per difendere la libertà del proprio commercio fino ad usare della forza in alto mare contro tutti i legni della nazione soverchiatrice, quando tentassero di usare della loro pretesa, e però di ricusare di prestarsi mai o alla ricognizione, o a visita alcuna.

Tutto è correspettivo ed eguale fra le nazioni. E se per la tutela comune fu autorizzata la reciproca ricognizione ed anche la visita, salvo nel resto il rispetto alla neutralità, con ciò non si derogò alla rispettiva indipendenza ed eguaglianza; poichè quest'atto viene praticato e sofferto a vicenda per un *comune interesse*. Per lo contrario allorchè questo atto tende manifestamente ed espressamente a violare l'eguaglianza e i diritti proprj di un popolo, e forma parte inte-

grante di questa violazione, cessa d'essere legittimo ed anzi diviene un'offesa, cui ogni nazione ha diritto e dovere di respingere per la conservazione del proprio interesse e delle proprie ragioni (1).

Queste considerazioni sono indipendenti dallo stato di guerra o di pace in cui la nazione prepotente si può trovare rispetto ad una terza; mentre essendo totalmente relativa al trattamento che essa usa a quella che dicesi neutrale, esso riesce sempre ingiurioso sì nell'uno che nell'altro stato, poichè offende senza una vera *necessità*, e quindi senza alcuna ragione l'eguaglianza, l'indipendenza e gl'interessi d'una nazione, la quale non pretende da lei che pace e libertà innocente, sì dentro che fuori del suo territorio.

§. 19. *Continuazione.*
Osservazioni speciali allo stato di guerra.

Io non nego che in tempo di guerra fra due potenze belligeranti non debbano crescere i riguardi nel popolo neutrale onde mantenere una imparzialità assoluta, e ciò specialmente se esistano trattati ossia convenzioni precedenti su di questo proposito; ma è vero altresì che un popolo neutrale non diventa servo di un altro popolo per il solo motivo che questi ha guerra con un terzo.

Per lo contrario il neutrale conserva la propria indipendenza, e il diritto della libertà dei mari e delle comunicazioni e del commercio con chicchessia, sì dentro che fuori del proprio territorio; dimodochè (eccettuati gli atti coi quali il neutrale prendesse parte nella contesa dei belligeranti, o violasse una precedente convenzione di limitarsi ad un dato genere di commercio) esso ha ragione di usare di tutti i diritti e di tutte le vie di fatto testè mentovate, senzachè si possa accusare giammai di violare la neutralità.

La neutralità non consiste nel farsi servo di un bellige-

(1) In appoggio di questa dottrina veggasi il decreto imperiale 17 dicembre 1807.

rante, ma nel non offenderlo, o per se stesso, o coll'unirsi al suo nemico. Quella che dicesi *neutralità armata* racchiude nel suo concetto il diritto di usare fino della forza contro chiunque ardisse di attentare alla propria indipendenza interna ed esterna, alla libertà del proprio commercio innocuo, ed a tutti i diritti d'una nazione sovrana. Resistere alla violenza non è dichiarare una guerra, ma equivale alla dichiarazione di mantenersi in possesso dei proprj diritti, senza pretendere altra cosa che quella di non essere molestato.

§. 20. *Quali sono i requisiti che si debbono verificare, onde poter affermare o negare la neutralità, e quindi vietare o autorizzare il predamento?*

Premesse queste considerazioni, e ritenuto il principio che non si viola la neutralità se non coll'unirsi nell'offesa al nemico d'una delle potenze belligeranti, rimane la quistione *quali sieno gli atti per i quali* si possa affermare che un popolo si unisca ad una potenza belligerante?

Varie sono le maniere colle quali ciò può avvenire sì dentro che fuori del proprio territorio. Un popolo neutrale si può unire o con reali soccorsi, o con atti di favore, di connivenza, o di tolleranza ad una delle potenze belligeranti, e violare la neutralità (V. §. 15); ma l'oggetto del mio discorso essendo le *prede*, così io mi limiterò solamente a que' modi, ai quali si può riferire direttamente la materia stessa delle prede.

1.° La *nave*, 2.° l'*equipaggio*, 3.° il *carico*, 4.° la *direzione*, 5.° il *modo di agire*; ecco gli oggetti diretti e principali, sui quali può cadere l'ispezione in relazione all'osservanza od alla violazione della neutralità della navigazione; e quindi il torto o la ragione del predamento.

Siccome però tutte queste cose debbono essere legittimate dalla *pubblica autorità*, senza di che non si può esercitare verun positivo diritto (§. 16), così *prima di tutto* sorge l'ispezione per *autorità* di chi e sotto quale *bandiera* navi-

ghi un dato vascello; e però se esso navighi per *autorità* e colla *bandiera* della potenza neutrale o no. Sotto la denominazione pertanto di nave neutrale o non neutrale non si comprende l'edifizio materiale costrutto in paese neutrale, ma precipuamente si vuole indicare a chi esso *appartenga*, ossia meglio a chi *consti* ch'esso appartenga; non altrimenti che parlando di una casa, e volendo sapere se sia o no dell'amico o del nemico, si ha principalmente relazione al proprietario noto e dimostrato della medesima.

E siccome si può propriamente figurare che una nave sia una casa mobile, entro la quale un dato uomo o una data società comanda o per conto proprio o per conto altrui, così allorchè essa è riconosciuta neutrale deve essere in faccia a chiunque uno asilo inviolabile, e come se formasse parte del territorio della stessa potenza neutrale. Da ciò nacque il celebre principio che la *bandiera copre la mercanzia*.

Questo principio presso di noi sanzionato dalla suprema autorità del monarca che rimprovera come *infame il principio* contrario (1) forma massima fondamentale di ragion pubblica delle genti. E per conseguenza ogni modificazione ragionevole non si può riguardare che come una mera *eccezione* indotta o da trattati speciali, o dal diritto di ritorsione. Ne seguirà dunque che tale eccezione dovrà cessare tostochè l'altra potenza desista dal darvi causa (2).

§. 21. ***Continuazione. Della nave sola considerata come oggetto speciale di proprietà neutrale in relazione al predamento.***

Ritenuti questi principj, e richiamando alla memoria che la qualità e l'appartenenza al neutrale deve espressamente *constare* per garantire dal predamento (3), ne viene

(1) « Per istabilire l'infame principio che *la bandiera non* « *copra la mercanzia* ». Decreto del 17 dicembre 1807.

(2) Detto decreto 17 dicembre 1807 art. 4.

(3) « La neutralità deve essere *appieno dimostrata* secondo i *regolamenti e i trattati* (dice l'art. 49 del regolamento 27

che quando la prova è autentica e conforme ai regolamenti e ai trattati, deve far piena fede finacchè non si abbiano buone ragioni di dubitare *del contrario*. Se dunque i mezzi di prova indicati fanno fede che la nave è neutrale, converrà rispettarla come tale: nè si potrà mai a documenti positivi contrapporre un mal fondato sospetto, ma solamente altri argomenti positivi.

Ciò posto, se una nave si trovasse fornita di bandiera neutrale e di tutti gli altri ricapiti esistenti a bordo comprovanti la sua neutralità, ma nello stesso tempo constasse d'altronde che in un tempo anteriore era nave *nemica*; si domanda se si dovrebbe *presumere* che per un atto intermedio e regolare sia divenuta proprietà del neutrale, ovvero se si potrà esigere la *prova formale* di questo passaggio di proprietà, e mancando questa prova se si dovrà ritenere di proprietà nemica, e quindi soggetta a legittimo predamento?

Dato il principio che la *neutralità* non si presume, *ma deve essere appieno dimostrata*, ne viene che constando dell'anteriore appartenenza della nave al nemico, senza che consti per qual titolo essa divenne proprietà del neutrale, la prova della neutralità viene affievolita dalla contraria circostanza, la quale non può essere tolta che dalla prova positiva ch'essa passò in proprietà del neutrale. Mancando questa prova, la nave viene dichiarata di buona preda (1).

Consultando lo spirito dei veglianti regolamenti, pare che il governo dica alla propria nazione, ed alle straniere: « Io non voglio trattare come legni neutrali se non quelli « che si dimostreranno tali con ricapiti autentici esistenti a « bordo; e però tutti quelli che mi risulteranno o sospetti « di inimicizia o di appartenenza nemica o *incogniti* io non « li rispetterò » (2).

febbraio 1806). Ord. francese del 1681 lib. 3, tit. 4, art. 5. Reg. 2 pratile anno XI, art. 53.

(1) Art. 55, 56 del regolamento 27 febbraio 1806. Reg. francese del 25 luglio 1778 art. 5, 6.

(2) Art. 49, 50, 53, 55, 56. Ord. francese del 1681 lib 3,

Quanto ai primi, la ragione è manifesta, ma quanto ai legni che sono semplicemente mancanti di prove concludenti della loro specifica appartenenza, benchè sieno equipaggiati e condotti da' neutrali, con qual principio si possono assoggettare al predamento, che per diritto non si può esercitare che contro le cose e le persone dei pirati e dei nemici? Per il diritto, io rispondo, della sicurezza, il quale avendo fatto adottare che la *prova sola fa diritto* per non sottostare al predamento, induce necessariamente il correlativo contrario che la mancanza della prova esclude la *garanzia*; mentre la garanzia è limitata alla qualità manifesta della neutralità o della amicizia, senza di che si darebbe adito a mille frodi nocive al diritto dei belligeranti.

Da tutto ciò ne segue, che siccome la proprietà ed il possesso si riferiscono essenzialmente ad un oggetto determinato, così *la prova* della proprietà e del possesso della nave, a bordo della quale sono persone neutrali, deve necessariamente riferirsi all' *identica nave su cui si trovano le persone medesime*, e non ad altra qualunque.

Se dunque i ricapiti si riferiscono ad un' altra nave, quella che essi conducono rimane *priva di titolo*, e perciò cade in commesso come cosa non coperta dalla garanzia della neutralità (1). Questa differenza viene dedotta dalla discrepanza del *nome del bastimento*.

Convien per altro confessare, che siccome la circostanza è puramente *negativa*, così essa lascia luogo a giustificare la differenza che passa fra il nome della nave connotata nel passaporto, e il nome della nave, sulla quale si trovano i latori del passaporto medesimo; dimodochè cotesta differenza non produce *ipso jure* il predamento, ma lo produce nel solo caso che non si possa giustificare con altre carte autentiche, trovate pure a bordo, il seguìto cambiamento del nome (2).

tit. 9, art. 5. Reg. francese 26 luglio 1778 art. 5, 6, 7. Reg. francese 2 pratile anno XI, art. 53.

(1) Questa è la disposizione dell' art. 55 del regolamento 27 febbraio 1806. Reg. francese 26 luglio 1778 art. 5.

(2) Detto art. 55.

§. 22. *Prova generale della neutralità dell' equipaggio.*

Alle considerazioni sulla nave, rispetto alla *prova della neutralità,* succedono quelle che riguardano l' EQUIPAGGIO, cioè al complesso delle persone destinate a dirigere ed a servire nella nave.

La neutralità non si presume, ma deve essere provata concludentemente (§. 16, 21). Dunque la qualità *neutrale* dell' equipaggio deve essere provata concludentemente. Specialmente poi deve essere giustificata *col ruolo di equipaggio riconosciuto da pubblico ufficiale del paese neutro da cui fosse partito il bastimento* (1). Senza di ciò la prova sarebbe a ragione incerta, perchè non si avrebbe più un punto fisso da cui partire per accertare la qualità di neutrale o di amico, nè si potrebbe ovviare a mille frodi ed abusi nocivi alla sicurezza comune. Questa regola si verifica anche al *rinnovarsi* di ogni viaggio, benchè l' equipaggio e la nave siano i medesimi, come porta la disposizione letterale e la ragione dell' articolo (2).

È poi certo in forza della regola generale sopra espressa (§. 16), che questa prova deve trovarsi presso l'equipaggio medesimo, e perciò a bordo della nave, senzachè essa sarebbe inattendibile (3).

Dunque per correlativo contrario la *mancanza* della prova suddetta della *neutralità* dell' equipaggio dovrà renderlo sospetto, e quindi valer la regola, che si dovrà presumerlo nemico, poichè non è provato nè amico, nè neutrale. Dunque per ragione della qualità presunta dell' equipaggio, la

(1) Regolamento nostro 27 febbraio 1806 art. 57. Regol. francese 26 luglio 1778 art. 9.

(2) Veggansi le conclusioni del sig. Portalis avanti il consiglio delle prede nella causa fra il bastimento il *Repubblicano* e il corsaro lo *Spartano*, confermata colla decisione 6 termidoro anno 8.° presso il sig. Merlin. *V.° Prise maritime.*

(3) Regolamento nostro 27 febbraio 1806 art. 57, 59. Regolamento francese 26 luglio 1778 art. 9, 11.

nave si dovrà presumere nemica, e però si dovrà considerarla soggetta a predamento. « Sarà di buona preda ogni bastimento straniero .... che non abbia a bordo il ruolo di equipaggio riconosciuto da pubblico ufficiale del paese neutro da cui fosse partito il bastimento medesimo (1) ».

Ma questo ruolo non si può dire concludente, se oltre le solite indicazioni personali dei marinaj non esprime anche il domicilio dei medesimi (2).

§. 23. *In qual senso si deve intendere che la mancanza del ruolo autentico dell' equipaggio assoggetta la nave al predamento.*

Qui nasce una quistione che riguarda direttamente l'intelligenza del regolamento. In due maniere si può verificare che un bastimento straniero *non abbia a bordo il ruolo di equipaggio riconosciuto da pubblico ufficiale del paese neutro, da cui fosse partito il bastimento medesimo*, cioè o perchè manca veramente fin da principio di codesto ruolo autentico, o perchè strada facendo l'equipaggio fu cambiato, e per conseguenza l'equipaggio esistente non è veramente garantito dal ruolo autentico di partenza. Ora si domanda a quale di questi due casi si riferisca il predamento autorizzato dal citato articolo del regolamento?

Risposta. Esso si riferisce propriamente al primo caso in maniera assoluta, come è per se evidente. Non si riferisce poi al secondo caso se non colle seguenti distinzioni. O consta che l'equipaggio sostituito è composto di marinaj sudditi di nazioni amiche o neutrali, o consta che è composto di sudditi di nazioni *nemiche* al regno. Nel primo caso non v'ha causa alcuna di predamento, purchè si faccia constare del cambiamento in forma autentica (3).

(1) Regolamento nostro del 27 febbraio 1806 art. 2. Regolamento francese 26 luglio 1778 art. 9.

(2) Decisione della corte di cassazione dell'impero del 16 messidoro an. 7.° presso Merlin.

(3) Ciò si conferma dalla decisione della corte di cassazione

Nel secondo caso conviene fare ancora una distinzione; o l'equipaggio di sudditi di potenza nemica sostituito al primo sta dentro il terzo di tutto l'equipaggio esistente a bordo della nave, o lo oltrepassa. Se sta dentro il terzo di tutto l'equipaggio la nave non va soggetta a predamento (1).

Se poi lo oltrepassa convien distinguere ancora, o viene provato che il capitano fu costretto a prendere nuovi marinaj per proseguire il suo viaggio o no. Nel primo caso benchè il numero dei marinaj di paese nemico presi a bordo del bastimento (d'altronde provato neutrale) ecceda il terzo dell'equipaggio esistente a bordo, ciò non ostante in vista della prova della suddetta necessità va esente da predamento. Nel secondo caso poi, cioè quando non provi essere stato costretto a sostituire marinaj di paese nemico, la nave è soggetta a predamento.

§. 24. *Prova dell'ultima parte della risposta.*

La prova di quest'ultima parte della risposta risulta dalle seguenti considerazioni:

1.° È certo che un equipaggio d'una nave neutrale può essere senza pericolo di predamento composto di parte di marinaj di paese nemico, purchè non eccedano il terzo di tutto l'equipaggio: solamente quando lo sorpassino è soggetta a predamento (2).

Sostituendosi quindi altri marinaj di paese nemico in

dell'impero francese dell'11 frimale anno 7.° nella causa fra la nave la *Fenice* di Baltimora, e il corsale francese l'*Aquila*.

(1) Articolo 59 del nostro regolamento 27 febbraio 1806. Art. 9 del regolamento francese 26 luglio 1778.

Decisione suddetta di cassazione dell'impero francese 11 frimale anno 7.°

La stessa regola dei due terzi è osservata nel formare l'equipaggio degli armatori nazionali. Regolamento nostro 27 febbraio 1806 art. 15.

(2) Regolamento nostro 27 febbraio 1806 art. 57. Regol. francese 26 luglio 1778 art. 9.

luogo di altrettanti mancanti, non si variano le condizioni della neutralità; poichè lo stato dell'equipaggio per la sua qualità e qnantità rimane il medesimo: lochè anche si conferma coll'autorità delle decisioni.

2.° La prova d'essere stato costretto a rinnovare l'equipaggio non rendesi necessaria nel caso che si tratti di marinaj di paese neutrale, ma solamente nel caso che si tratti di sostituire marinaj di paese *nemico* oltre il terzo dell'equipaggio. La ragione in fatti di temere o di presumere la qualità nemica cessa, tostochè esiste la qualità e la quantità certa di neutrale.

Egli è vero, che la espressione dell'articolo 58 del regolamento non porta espressamente questa distinzione. Ma la ragione di non offendere la neutralità manifesta e l'autorità delle decisioni hanno fissato questo senso. Quanto alla ragione di diritto nulla debbo aggiungere dopo le cose poco fa annotate. Quanto poi all'autorità giovami di ricordare la sopracitata decisione della corte di cassazione 11 frimale anno 7 fra la *Fenice* neutrale, ed il *corsale* francese l'*Aquila*. Da essa fu riconosciuto che l'articolo 10 del regolamento 26 luglio 1778, corrispondente letteralmente all'articolo 58 del regolamento italiano 27 febbraio 1806 non obbliga a provare la *necessità* del cambiamento dell'equipaggio, se non nel solo caso in cui l'equipaggio sostituito sia composto di più d'un terzo di sudditi del nemico (1).

(1) Considérant enfin, qu'il n'était *pas necessaire* au capitaine du Phenix de justifier *de la necessité* de renonveller son equipage a Bremên, on il prenait des matelots de pays neutres; attendu que l'art. 10 dn reglement de juillet 1778 qui en fait nne obligation en certains cas, ne s'appliquoit pas dans l'espèce, attendu que *ce n'est que dans le cas où* l'on se trouve forcé de renouveller l'equipage *en pays ennemi*, et de prendre *plus du tiers* de matelots ennemis que la disposition du reglement exige que la necessité du renouvellement soit constatée sous peine d'être considerée de bonne prise, ce que résulte de la combinaison des art. 9 et 10 dn dit reglement — Decisione della corte di cassazione dell'11 frimale anno 7.°

§. 25.

Estensione dell' art. 58 del regolamento 27 febbraio 1806.

L' articolo 58 ingiunge l' obbligo di provare essere stato *necessario* di sostituire altri marinaj a quelli che erano segnati nel primitivo ruolo di equipaggio per causa di morte: *per sostituirli a quelli che fossero morti durante il viaggio.* Si domanda se in forza di questa disposizione la *necessità* della sostituzione debba essere così tassativamente ristretta alla sola causa della morte, che verun' altra non possa valere; epperò se dovrà soggiacere a predamento un legno neutrale che dimostrasse d' essere stato costretto a prender marinaj d' un paese nemico oltre il terzo dell' equipaggio perchè i marinaj neutrali o sono disertati, o hanno ricusato di proseguire il viaggio, o furono levati da un predatore.

Risposta. Non pare che la causa della morte sia esclusiva delle altre cause di necessità di supplire con altri marinaj, ma che la legge le ammette tutte. E ciò non solamente perchè la locuzione dell' articolo non è esclusiva, ma semplicemente positiva, ma eziandio perchè la morte stessa qui non è indicata che come causa inducente la *privazione* delle persone necessarie al servigio; da cui ne deriva la necessità di supplire con altri marinaj.

Sarebbe certamente ingiusto, che una potenza tendesse a far serva un' altra potenza eguale a se col volerle non solamente impedire capricciosamente l' uso de' suoi diritti, ma col volerla porre senza ragione perfino nell' impotenza di proseguire il suo viaggio e di far ritorno sotto pena di confisca. Dico senza ragione poichè il neutrale col provvedersi costretto *da necessità* di altri marinaj anche di paese nemico in difetto di altri marinaj mancati senza colpa del condottiero della nave, non offende la neutralità, ma provvede ad un proprio bisogno urgente, che costituisce il titolo della necessità suddetta. Se colla *causa di necessità* nata da morte non si offende in un caso la neutralità, per qual ragione si dovrà conchiudere che esso l' offenda quando vige la stessa

ragione derivante da altra causa, cioè *il difetto necessario* di una parte dell' equipaggio?

Questa conchiusione è anche avvalorata dall' autorità: imperocchè la corte di cassazione dell' impero applicò gli stessi articoli 9 e 10 del regolamento di luglio 1778 anche al caso nel quale un capitano di nave ancorato in un porto fu costretto a prendere un altro equipaggio in luogo del primo, che ricusò di proseguire il viaggio, e cui egli fece arrestare coll' aiuto dell' autorità locale (1).

Tutte le eccezioni allegate fin qui contro il principio semplice ed unico che la bandiera neutrale garantisce la nave, e tutte le limitazioni riguardanti una nave nemica non hanno luogo che per un diritto *di circostanza*, e non mai per un diritto assoluto e primitivo. Imperocchè se per diritto primitivo, ed assoluto la guerra non si pratica più che per gli stati nemici e non contro i particolari, e se una nave privata anche nemica e composta di nemici non potrebbe essere a buon diritto soggetta a predamento (§. 11), con molto più di ragione una nave neutrale, comandata da neutrali, e che altro non presentasse che un equipaggio di sudditi del nemico, non potrebbe essere giustamente assoggettata a predamento.

Per la qual cosa in oggi che il Sovrano ha proclamato il principio universale dell' identità del diritto di guerra sì in terra che in mare; in oggi che esso per principio di diritto primitivo considera ingiusto il predamento delle proprietà private dei nemici (vedi §. 11), concludere si dovrà, che questa parte del regolamento 27 febbrajo 1806 tradotto dal regolamento 26 luglio 1778 si dovrà riguardare come disposizione di circostanza, e come effetto di parità di trattamento, anzichè come applicazione dei veri, e fondamentali principj di diritto marittimo.

(1) Decisione del 19 germinale anno 7.° nella causa della nave JOHN-WILLIAM presso Merlin *répertoire, V.° Prise maritime* §. 3 *art.* 3.

§. 26. *Dello stato civile del proprietario o padrone del bastimento denominato neutrale.*

Le regole positive e di circostanza esposte fin qui cadono sull' equipaggio della nave neutrale riguardato in massa. Ma una precipua considerazione merita il *proprietario* e il *padrone* (in senso di navigazione) del bastimento che dicesi neutrale.

Si domanda dunque in primo luogo se dato che tutti i requisiti di neutralità si riscontrino in una nave nei varj suoi rapporti, e solamente si trovi che il proprietario o il padrone della medesima sia *suddito di potenza nemica*, se questa circostanza sola basti in oggi per assoggettare la nave a predamento?

Qui convien rispondere con distinzione. O si tratta di far uso d'un diritto di circostanza, altrimenti detto di *ritorsione*, o si tratta di far uso del diritto fondamentale e generale della guerra di mare proclamato dall'autorità suprema dello Stato. Quando si faccia uso del diritto di circostanza, si risponde che il padrone o il proprietario della nave *attualmente suddito* di potenza nemica, non garantisce la nave dal predamento. Quando poi si faccia uso dei veri e sani principj del diritto marittimo, si risponde che il padrone o il proprietario della nave d'altronde munita dei requisiti di neutralità non autorizza il predamento della medesima.

La prima parte della risposta è letteralmente avvalorata dalla disposizione dell' articolo 54 del regolamento 26 febbraio 1806 corrispondente all' articolo 6 del regolamento francese del 26 luglio 1778.

Si è detto, che il proprietario o padrone sia *attualmente suddito* di potenza nemica, imperocchè quand' anche fosse origiuario di paese nemico, ma che attualmente non potesse più per una intermedia naturalizzazione e permanenza in paese neutrale o amico considerarsi suddito nemico, non verrebbe più riputato nemico, ma bensì neutrale ed alleato.

Difatti la qualità di cittadino nemico sarebbe stata tolta per vestire la qualità di cittadino amico o neutrale.

Affinchè però questa nuova qualità possa essere *valida* onde sottrarlo dal predamento della nave, si esigono tre condizioni cioè:

1.° Che la naturalizzazione in paese amico o neutrale sia fatta *prima* della dichiarazione della guerra.

2.° Che il naturalizzato abbia *trasportato il suo domicilio* nel paese amico e neutrale prima della dichiarazione della guerra.

3.° Che il naturalizzato non sia *tornato dappoi* NEI PAESI NEMICI PER CONTINUARVI IL COMMERCIO (1).

Mancando queste condizioni o alcuna di esse, il proprietario, o padrone della nave non è considerato come rivestito dei requisiti legali ad effetto di garantire colla sua qualità personale la nave dal predamento.

§. 27. *Del predamento in conseguenza delle qualità personali di altri individui, che fuori dell' equipaggio trovansi a bordo della nave neutrale.*

In conseguenza sempre del diritto di circostanza sopra accennato vi hanno due altri casi nei quali la nave ancora non è garantita dal predamento, e questi sono:

1.° Se nella nave trovasi imbarcato un *sopraccarico negoziante* di paese nemico.

2.° Se vi si trova anche un commesso, od ufficiale graduato di paese nemico (2).

Sotto il nome di sopraccarico negoziante si intende un agente di negozio principalmente incaricato di vendere per conto d'un negoziante o d'una società mercantile le date merci caricate sulla nave nella quale oggi è imbarcato, e di

(1) Regolamento nostro 27 febbraio 1806. Regolamento francese del 26 luglio 1778 art. 6.

(2) Regolamento nostro 27 febbraio 1806 art. 57. Regolamento francese 26 luglio 1778 art. 9.

caricarne e riportarne altre secondo la commissione avutane prima della partenza. Il nome di *sopraccarico* (*subrecargue*) è tratto dallo spagnuolo, ed originariamente disegna un ufficiale della compagnia delle Indie; le di cui funzioni principali sono di vendere negli stabilimenti della compagnia le mercanzie che essa fa trasportare colà, e di comprar quelle di cui ebbe commissione prima di partire. Con questo carattere è ben naturale che sospettar si debba per comune presunzione, che il comando appartenga a sudditi nemici, e che per conseguenza, giusta il diritto di circostanza sopra spiegato, la nave e il carico possa essere di buona preda; dimodochè la bandiera neutrale non garantisca la mercanzia, postochè dietro un indizio positivo non si può più riguardare come *certamente* neutrale.

Una consimile ragione pare militare anche riguardo ad un commissario, o ad un ufficiale *maggiore* (1) di paese nemico che si trova imbarcato sulla nave, allora invece di presumere che si tratti dell'interesse privato di un suddito nemico, si potrebbe sospettare che si tratti dell'interesse del governo stesso nemico, benchè molti altri motivi concorrere possono per far imbarcare tali individui su d'una nave neutrale. Siccome però il regolamento non accenna motivo alcuno, così l'intenzione del medesimo non si può indovinare che per congettura.

Queste sono le cause, che per ragione delle *persone* imbarcate su d'una nave, in forza del regolamento nostro, fanno sì che una nave neutrale possa essere o non essere soggetta a predamento.

§. 28. *Osservazione generale.*

Debbo osservare per altro, che le eccezioni sono di *stretto rigore*, poichè sono altrettante deroghe al principio proclamato, che la bandiera neutrale garantisce la mercanzia: esse poi d'altronde sono eccezioni di loro natura *variabili*,

(1) Il testo originale francese porta questa qualificazione.

perchè non sono tratte dai principj fondamentali del diritto delle genti, ma da motivi di mera circostanza, come sopra fu già avvertito.

In prova di ciò non solamente lice addurre i decreti imperiali sopra citati (§. 11, 20) ma eziandio il regolamento 2 pratile an. 12. Esso con una sapientissima circospezione si è limitato ad un solo articolo generale concepito ne' seguenti termini = Seront encore de bonne prise soit les « bâtimens, soit leurs chargemens en tout ou partie, dont « la neutralité ne serait pas justifiée conformement aux re- « glemens ou traités (art. 53) ». Presentata la disposizione in questo aspetto, essa fa sentire tre cose, cioè:

1.° Che la neutralità è per se stessa un titolo onde non sottoporre una nave a predamento.

2.° Che questa neutralità deve essere provata.

3.° Che il modo di provarla deve essere determinato dai regolamenti, o dai trattati (1).

Fin qui nulla s' incontra, che non sia conforme ai principj universali e costanti di ragione, anzi si confermano le vere basi perpetue del diritto.

(1) Un esempio di questo modo fissato dai trattati lo abbiamo nel trattato 8 vendemmiale anno 9.° fra la Francia, e gli stati uniti di America art. 4.

SE SPETTI ALL' AUTORITÀ

AMMINISTRATIVA O GIUDICIARIA

IL QUALIFICARE UN FIUME

COME DI RAGION PUBBLICA O PRIVATA.

DECRETO.

NAPOLEONE ec.
EUGENIO NAPOLEONE ec.

Sopra rapporto del G. G. ministro della giustizia.

Sentito il Consiglio di Stato = Decreta =
La causa promossa avanti la corte di giustizia civile e criminale di Milano dalla delegazione del fiume Olona contro l'avvocato Luigi Diotti in punto di pretesa eccessiva estrazione di acqua da detto fiume, di riduzione di bocca e di reintegrazione di danni, è di pubblica amministrazione.

Il G. G. ministro della giustizia è incaricato dell'esecuzione del presente decreto. (Dei 31 agosto 1810.).

OSSERVAZIONI.

L'esame della sopra riferita quistione dà luogo ad alcune ricerche importanti.

I.

Dicesi primieramente che l'Olona è fiume di ragion pubblica. Senza esaminare l'intrinseca verità di questa asserzione, tosto si vede che questa qualità è decisiva per

qualificare l'insorta quistione di competenza amministrativa. Imperocchè data la qualità di pubblico al detto fiume, ne viene che la presa di acque del Diotti non poteva esser fatta che per un atto amministrativo (1), e che per conseguenza si dovevano applicare alla concessione di detta acqua tutte le regole di competenza spettanti agli atti amministrativi. E siccome il motivo che diede luogo alla contestazione si era che nel costruire la bocca si produceva un eccesso di deviazione di acque non autorizzato dalla concessione medesima, e questo difetto di costruzione era imputato agli agenti del governo, e per conseguenza al governo medesimo; così tutto il nodo della controversia riducevasi a vedere se l'esecuzione dell'atto decretato dal governo, e fatto eseguire da lui corrispondeva ai termini della concessione. Ora, ridotta la quistione a questo punto, essa diveniva di ragione amministrativa, sì perchè portava la cognizione del giudice civile ad esaminare ed interpretare l'atto stesso di concessione per paragonarlo indi col fatto, e sì perchè questo importava operazioni di visite, di esami d'ingegneri, ed altre tali cose, che di lor natura colpivano l'operato a nome del governo nel costruire la bocca in quistione.

Ad ogni modo però l'interesse del demanio e il diritto di supposta proprietà del fiume non avrebbe per se solo ridotta la quistione ad essere di competenza amministrativa (2) se unito non vi si fosse l'altro elemento di un *atto amministrativo*; ma dall'altra parte nemmeno questo semplice atto senza l'elemento della proprietà avrebbe potuto costituire una vera competenza amministrativa avanti al Consiglio di Stato; imperocchè se il fiume fosse stato privato, la quistione sarebbe stata essenzialmente privata; e però l'intervento del

(1) Nessuno può derivare acque pubbliche, nè erigere opificj sulle medesime senza l'investitura o la concessione del governo art. I, tit. 1. dec. 20 maggio 1806.

(2) È assioma che la questione di nuda proprietà fra il demanio ed il privato, e quindi l'interesse che ne nasce, quando non vi si mescoli verun atto amministrativo, è assolutamente di competenza civile.

potere amministrativo sarebbe stato incompetente per il fondo del diritto; di modo che se l'atto incompetente avrebbe dovuto rispettarsi dai tribunali inferiori per mancanza di autorità a controverterlo, non si avrebbe dovuto egualmente rispettare dal Re nel suo Consiglio di Stato ad effetto di radicare nell'autorità amministrativa un diritto che realmente non le competeva. Quindi convien distinguere l'*occasione* del ricorso al Consiglio di Stato dal *motivo* della decisione. Il primo ha luogo anche per una decisione incompetente dell' autorità amministrativa o giudiziaria. Il secondo deve essere necessariamente determinato dalla verità della cosa.

Per rendere la quistione di competenza del Consiglio di Stato basta che si tratti di conoscere della regolarità o irregolarità di un atto anche *incompetente* di un attuale autorità amministrativa, senza che la materia sia intrinsecamente, o sia per il suo titolo, di ragione amministrativa.

Per lo contrario per rendere l'affare veramente di ragione amministrativa, si rende necessario il concorso di tre requisiti, come per esempio: 1.° che il fiume Olona fosse pubblico, 2.° che sia intervenuto un atto dell' autorità amministrativa, 3.° che sopra di quest'atto o sopra il di lui immediato effetto cada la controversia, di modo che o la sostanza, o l'effetto possa eventualmente essere alterato.

È di mestiere di cogliere esattamente questa distinzione. Altro è il dire che un affare sia di competenza del Consiglio di Stato, ed altro è il dire che esso sia di ragione amministrativa. Colla prima asserzione non si indica veramente la natura propria dell' affare, ma piuttosto una giurisdizione propria del Consiglio di Stato a conoscere dell' affare medesimo anche per motivo di un atto *incompetente* di un' autorità amministrativa, del quale i tribunali civili non possono conoscere perchè fu praticato da un'autorità da essi indipendente. Ma come ognun vede, con ciò stesso si suppone che l'atto incompetente non sia veramente amministrativo, nel mentre che è necessaria l'autorità del Consiglio di Stato per rivocarlo.

Nell' altro caso per lo contrario si vuole che l'affare sia

di *sua natura* veramente amministrativo, e però la competenza non è solamente fondata sul mero titolo della *indipendenza* del potere amministrativo dal giudiziario, ma eziandio su la *natura intrinseca* dell' affare medesimo.

In forza di questa distinzione ne segue una regola pratica importantissima. Quando la qualità intrinsecà dell' affare non è di ragione amministrativa, e che la quistione venga portata al Consiglio di Stato pel solo motivo di un atto incompetente di una autorità amministrativa, questo motivo non può nè deve arrestare il Consiglio di Stato dal giudicare secondo la verità; e però s'egli è competente per accogliere la causa, ed i tribunali civili sono incompetenti a conoscere e rivocare l'atto incompetente amministrativo, ciò non deve impedire che il Consiglio di Stato annulli l'atto incompetente, e dichiari la vera competenza dell' affare. Ecco quindi un caso nel quale la semplice dichiarazione della vera competenza importa essenzialmente l' annullazione di un atto antecedente, affine di abilitare l'autorità competente a procedere.

Lo stesso dir si deve pel caso di conflitto fra l' autorità amministrativa e giudiciaria; mentre il conflitto legando le mani ad amendue le autorità che sono in conflitto, non solamente impedisce loro di agire, ma altresì lascia sussistere l'atto incompetente che per avventura fosse avvenuto; ma quest' atto deve essere necessariamente annullato, perchè senza di questa annullazione si lascerebbero in vigore elementi contradittorj.

Dopo ciò rimangono gli atti incompetenti fuori del caso di conflitto. Ognun vede che la ragione è la medesima, e perciò è manifesto che la decisione di competenza deve necessariamente trar seco l'annullazione dell' atto incompetente qualunque ne sia l' autorità che lo commise.

Questa proposizione non soffre eccezione nemmeno per i tribunali civili, come vien comprovato sì in forza di *massima* spiegata dalla suprema autorità, che in forza di costanti esempj che fanno fede della pratica coerente, come

si proverà più sotto col supplemento aggiunto a queste osservazioni.

Quello che più importa nel presente argomento si è che quando una causa è devoluta al Consiglio di Stato unicamente per far rivocare un atto incompetente dell' autorità amministrativa, siccome è manifesto che ciò importa la remissione della causa medesima all' autorità competente; così allora la formola generale usitata, *la causa involge oggetto di pubblica amministrazione*, si deve assumere come l' equivalente di un giudizio preliminare, col quale il Consiglio dichiara di ammettere il ricorso come fatto regolarmente, senzachè ciò colpisca il titolo fondamentale della competenza dell' affare medesimo, e possa devolvere la cognizione del merito all' autorità amministrativa. Allora la citata formola generale significa *essere il Consiglio di Stato competente a giudicare* dell' atto amministrativo, ma non ne viene la conseguenza che la cognizione del merito dell' affare sia devoluta a lui.

Tutte queste perplessità per altro vengono tolte, allorchè il Consiglio, procedendo ad un pieno giudizio di competenza, dichiara secondo le circostanze il vero articolo sul quale egli deve giudicare, annullando tutto ciò che trova come irregolarmente fatto dalle autorità inferiori siano amministrative, siano giudiziarie.

II.

Si avrà osservato che per qualificare il fiume Olona come pubblico non si è fatto uso dei caratteri stabiliti dal codice Napoleone, cioè di essere *navigabile, o atto al trasporto;* ma bensì di titoli parte convenzionali, e parte statutarj di un tempo anteriore alla promulgazione del codice medesimo. Si domanda se a fronte delle due qualificazioni suddette, le quali sole limitano la proprietà privata per dar luogo alla demaniale, e se pure a fronte dell' intenzione manifestata dai motivi del codice di abolire tutto ciò che vestiva

il carattere di feudale dominio usurpativo dei primitivi diritti privati, possa sussistere ancora la qualità di pubblica in una corrente di acqua che non fosse nè navigabile, nè atta a trasporto? Si noti bene, io non voglio qui contrastare se il fiume Olona abbia o no alcuna di queste qualificazioni; io voglio solamente promuovere una quistione ipotetica in via dottrinale, onde eccitare le ricerche dei giureconsulti; ma di ciò si parlerà in altro luogo.

III.

Un' altra ricerca si presenta al proposito della sovra recata decisione. Data l'ipotesi che un affare appartenente a una corrente, resa dal nuovo codice di ragion privata, sia stato incominciato, o anche ordinato sotto l'impero di una anteriore amministrazione che lo rendeva di carattere politico; ed esercitandosi sotto l'impero delle nuove leggi un'azione derivante dall'affare stesso; si domanda se per essere stato preparato o ordinato in un tempo in cui egli vestiva il carattere di affare politico, nel quale intervennero anche ordinazioni o atti amministrativi, si possa in oggi per questo motivo ritenere di competenza amministrativa anche per controvertere atti di una autorità amministrativa antecedente, o se pure seguendo le leggi della nuova competenza si debba giudicare di ragion civile?

Questa quistione, come ognun vede, non è esclusiva agli affari di acqua, ma si può indistintamente estendere a tutti quegli che per lo addietro si consideravano di ragion politica, e che in oggi sono stati resi di ragion civile.

Sembra che a questa quistione sia già stato soddisfatto in massima da un solenne e classico decreto di governo già riportato nel giornale di giurisprudenza (1). Ivi al proposito di un affare ancor pendente che si considerava di ragion civile in una materia, che fu resa di pubblica amministrazione, fu solennemente dichiarato che le leggi sulla com-

(1) Tom. I. pag. 98 al 100.

petenza agiscono sull' istante, ed hanno forza di cangiare incontanente e la competenza, e la procedura, senza violare il principio della non retraozione della legge, il quale non fu mai applicato che al fondo del diritto. A questa dichiarazione di massima si aggiunge la costante pratica, e tutte le decisioni governative ed imperiali, come fu già annotato nel suddetto giornale di giurisprudenza (1).

Per la stessa ragione vale la viceversa che certi affari che erano un tempo di competenza civile, sopravvenendo una nuova legge che li renda di competenza amministrativa, se la loro azione o non è spiegata, o è allor pendente, essi si devolvano all' autorità amministrativa.

Nelle vicende quindi della legislazione e della amministrazione, il principio prevalente si è di seguire le regole della competenza, sotto l' impero delle quali si esercita l'azione, onde decidere le contestazioni relative.

Questa soluzione si conferma col riflesso che le nuove costituzioni distinguendo i poteri, fissando le attribuzioni, e vietando alle rispettive autorità di usurpare la scambievole giurisdizione; e quindi le decisioni di competenza, che servono a tutelare il sistema stabilito, possono bensì aver di mira la conservazione del sistema medesimo; ma per lo contrario non possono avere lo stesso interesse per conservare i confini delle abolite autorità e la forza, e gli effetti dei loro fatti, postochè colla nuova riforma fu introdotta una diversa distribuzione di poteri. Almeno sarà certo che in tutti quei casi, nei quali non milita una identità di ragione, non si potrà regolare la decisione degli affari pendenti o delle azioni derivanti da un affare passato con altre regole che con quelle delle nuove competenze (2).

(1) Tom. I. pag. 244.

(2) Ciò non oscuramente si può dedurre dal decreto imperiale nella causa *Ghisio e Delborgo* di già riportata nel tom. I, pag. 53, 54. del giornale di giurisprudenza.

IV.

Un' ultima quistione si presenta all' occasione del caso sopra riferito. Si è veduto che il primo fondamento della decisione di competenza consisteva nel vedere se il fiume Olona fosse *pubblico o privato*. Questa ispezione era così decisiva che dalla sua soluzione o affermativa o negativa dipendeva la decisione o affermativa o negativa della competenza. Si avrà inoltre osservato che la qualità di pubblico o di privato del detto fiume non fu dedotta in contestazione fra le parti, ma che dal Consiglio di Stato fu allegata la qualità di pubblico come motivo incontroverso.

Io non presumo di elevar dubbio sulla verità di questa opinione. Solamente in via d' ipotesi, e per mera istruzione, domando in massima se sopra di una quistione pregiudiciale di fatto, specialmente civile, non discussa in contradittorio, avendo il Consiglio di Stato esternata un' opinione, ed avendosi fondato sulla medesima, essa faccia stato di cosa giudicata, di modo che, volendosi in altra sede di giudizio agitare di proposito la quistione medesima, si possa opporre l' eccezione di cosa giudicata, quantunque le parti litiganti fossero le medesime?

Questo quesito, come ognun vede, non tende a rovesciare la decisione di *competenza;* essa deve rimanere ad ogni modo ferma ed irrefragabile. Si domanda solamente se il *motivo* adottato alla decisione possa in altra circostanza, ed in un' altra quistione fare stato di cosa giudicata, specialmente nell' ipotesi che su di esso non sia intervenuta una precedente discussione in via contradittoria?

A questa domanda si può rispondere, che per quanta sia l' autorità del re nel suo Consiglio di Stato, noi non dobbiamo dare alla medesima maggiore estensione di quella che il re stesso vuole che le sia attribuita. Ora egli è certo, che alle decisioni di competenza, in vista di dichiarazione positiva sopra riportata (1), non si può attribuire altra forza

(1) Vedi Giornale di Giurisprudenza tom. III, pag. 82.

decisiva fuorchè quella che cade sul punto stesso della competenza, lasciandosi intatto ogni altro punto interessante il diritto. Dunque è manifesto che ad un semplice motivo che diede causa alla decisione, non si può attribuire altra forza che quella di un'ipotesi di fatto, da cui derivò la conseguente decisione, senza ledere i diritti delle parti, alle quali sempre rimane aperta la facoltà di discutere in via contraddittoria l'articolo medesimo.

In generale poi si sa, che la sola parte decisiva di un giudicato si è veramente la parte dispositiva, come più ampiamente si vedrà più sotto nella causa *Lebouque* e *Monville*, di maniera che l'eccezione di cosa giudicata non si può opporre che colla scorta della parte dispositiva, e non col motivo adottato su di una quistione pregiudiciale di fatto non discussa in contraddittorio fra le parti.

Al proposito di quest'ultima circostanza di essere un articolo discusso in *contraddittorio* o no, giova osservare che tanto è il rispetto che le nuove leggi professano verso il diritto delle parti, che persino nelle quistioni stesse di competenza *ratione materiae* danno il diritto alla parte non chiamata di fare opposizione ai decreti stessi imperiali al pari di qualunque decisione giudiziaria, ed accordano sull'opposizione un nuovo giudizio; del che fu già allegato un esempio nel Giornale di giurisprudenza (1); ed in generale se ne riscontrano i principj non solamente nel codice di procedura civile, ma eziandio nel regolamento di procedura per il contenzioso amministrativo avanti il Consiglio di Stato dell'impero francese (2).

Giova quindi opinare che un punto pregiudiciale semplicemente adottato dal Consiglio di Stato, senza precedente cognizione di causa in una decisione di pura competenza, non forma propriamente stato di cosa giudicata ad effetto d'impedirne una nuova discussione e decisione speciale in merito.

Affine però di evitare ogni dissonanza e controversia fra

(1) Tom. I, pag. 241.
(2) Decreto imperiale 22 luglio 1806 tit. III.

l'opinione esternata dal Consiglio di Stato, e la posteriore decisione in merito sull' oggetto compreso nell' articolo pregiudiciale, ed affine anche di assicurare una solida e ben istrutta decisione di competenza, conviene premettere il giudizio separato dell' articolo pregiudiciale, e *rimetterne* la cognizione all' autorità competente, colla riserva di giudicare dappoi la quistione insorta di competenza dell' affare principale.

Qui è necessaria un' avvertenza; altro è il dire che il conoscere di una data quistione pregiudiciale appartenga ai tribunali civili, ed altro è il dire che i tribunali stessi ne *possano* sempre conoscere secondo le regole della procedura ordinaria. Imperocchè convien rilevare l' occasione, in cui l' articolo pregiudiciale emerge per essere discusso. Se non pende quistione alcuna avanti il Consiglio di Stato, nella quale incidentemente cada la cognizione dell' articolo medesimo, in tale caso i tribunali possono, dietro la sola istanza della parte, conoscere dell' articolo medesimo entro i confini della propria competenza, come fu già osservato nel Giornale di giurisprudènza (1), senza curarsi delle conseguenze che il giudizio civile potrebbe apportare su l' affare, quando venisse deciso sotto altro aspetto in via amministrativa. Ma se il punto pregiudiziale emerge nell' atto che la causa pende avanti il Consiglio di Stato, in tale caso, sebbene i tribunali civili siano competenti a decidere la quistione pregiudiziale, ciò non ostante non ne possono assumere la cognizione prima che l' autorità amministrativa abbia deliberato doversene fare la discussione ed il correspettivo giudizio. In questo caso pertanto l' autorità giudiziaria, benchè competente a conoscere del merito della quistione pregiudiziale, deve aspettare la determinazione dell' autorità amministrativa, onde poter giudicare della quistione medesima secondo le regole e le leggi che dispongono degli affari civili (2).

(1) Tom. II, pag. 300, 301, 317, 318, 321.

(2) Les tribunaux ne peuvent statuer sur cette question

Così nel caso nostro, se si fosse trovato di dover dubitare della qualità pubblica del fiume Olona, e se pur anche si avesse inteso di dare una vera decisione giudiziale sulla competenza, conveniva al Consiglio prima il far decidere giudizialmente il punto dell' appartenenza del fiume Olona; e fatto ciò passare alla conseguente decisione della competenza della causa. Ognuno sa che la quistione sulla qualità di pubblico o privato presa isolatamente, essendo quistione di mera proprietà senza mescolanza di verun atto amministrativo, è di competenza dei tribunali civili, benchè si disputi della proprietà demaniale (1). Perlochè il conseguente decreto allora avrebbe dovuto esprimere, che *veduta la decisione giudiziaria sulla qualità del fiume in quistione, il Consiglio si riserva di deliberare.* Ovvero anche si avrebbe potuto pronunciare in via ipotetica, cioè: *allorquando si faccia constare che il fiume Olona sia pubblico, la causa dovrà essere rimessa dall' autorità amministrativa competente, dichiarando come non avvenuta la sentenza del tribunale di prima istanza.*

Ad ogni modo, trattandosi di un pieno giudizio di competenza, la regolarità vuole che l' articolo pregiudiziale venga preliminarmente deciso dalla competente autorità: senza di che si cade nel doppio inconveniente di violare la competenza nell' atto di correggere l' eccesso di potere, per-

(prejudicielle) sans qu'au préalable l'autorité administrative en ait délibéré (*Arrêt de la cour de cassation* 29 *thermid. an XI.* Sirey).

Talvolta la questione amministrativa è pregiudiziale per la civile. Talvolta la civile è pregiudiziale per l' amministrativa. Nel primo caso la decisione della civile avanti i tribunali deve rimaner sospesa finchè l' amministrativa sia stata decisa dalla competente autorità. Nel secondo caso ha luogo quanto ora si è detto, distinguendo la circostanza se la causa principale sia o no pendente avanti il Consiglio di Stato.

(1) Vedi Sirey tom. 9, part. 1, pag. 411. Idem tom. 7, parte seconda, pag. 256.

Notices decennales *verbo* question incidente, question prejudicielle n. 3.

chè l'articolo pregiudiciale viene deciso almeno indirettamente dall'autorità incompetente, e di esporre a contrario giudizio la decisione fatta incompetentemente dall'autorità che si arrogò la decisione medesima, e di assoggettare le parti e i loro diritti a contrasti, ed a collisioni lesive della piena libertà dei giudicati.

Supplemento alle antecedenti osservazioni.

Fu detto che l'autorità del Consiglio di Stato di annullare i giudicati dei tribunali civili di qualunque grado per eccesso di potere, viene confermata tanto in *massima*, quanto cogli esempj dell'impero francese. La prova di questa asserzione risulta come segue:

In un parere del Consiglio di Stato dell'impero del 26 fruttidoro anno XIII, pronunciato all'occasione di una sentenza del tribunale speciale del dipartimento della Mosa il 10 germile anno XII, e che da noi fu riportato nel Giornale di giurisprudenza (1), viene formalmente dichiarato in massima che il Consiglio di Stato conosce ed annulla i giudicati dei tribunali civili allorquando havvi usurpazione dell'autorità amministrativa. Questa dichiarazione pari alla legge (poichè tale è la forza dei pareri del Consiglio di Stato approvati da S. M., come altre volte fu dimostrato) (2) toglie di mezzo qualunque dubbio.

Questa massima fu sempre conservata in pratica, come comprovano moltiplici esempj (3), contro i quali non si può

(1) Tom. III, pag. 79 a 83.

(2) Ved. Giornale di giurisprudenza Tom. I, pag. 13 e 17.

(3) La prova di questa asserzione risulta dai seguenti decreti si governativi che imperiali.

1.° Decreto consolare del 27 fruttidoro anno IX annullante un giudicato del tribunale civile dipartimento del Nord sedente a Dovai (SIREY tom. 1, part. II, pag. 605).

2.° Decreto consolare 12 brumale anno XI che annulla una sentenza del tribunale civile di Tarn (SIREY tom. 3, part. II, pag. 39 e 40).

3.° Decreto consolare del 15 piovoso anno X che annulla

eccepire verun esempio contrario, avvegnachè era più necessaria l'annullazione dei giudicati incompetenti di quello che la dichiarazione isolata della stessa incompetenza.

Dirò di più esaminando i decreti 15 e 27 brumale an. X inseriti nel bollettino delle leggi ai n. 122 e 131 risulta, che non solamente il governo in materia di competenza può dichiarar nullo un giudicato incompetente come conseguenza necessaria, ed inseparabile della medesima, ma eziandio poteva e può in via di alta polizia amministrativa correggere disciplinarmente un tribunale, allorchè s'accorge che non per semplice errore, ma avvedutamente pronunciò il giudizio incompetente. La prova di questa osservazione risulta dai seguenti passi: « Considérant enfin que avant de récourir à des mesures plus sévères, il importe au gouvernement

una sentenza del tribunale di prima istanza del 3 circondario del Leman (Fleurigeon pag. 269).

4.° Decreto consolare del 9 ventoso anno X che annulla una sentenza del tribunale di prima istanza di Marsiglia (Fleurigeon loc. cit. pag. 270).

5.° Decreto consolare del 6 pratile anno X che annulla la sentenza del tribunale di prima istanza del circondario di Draguignan dipartimento del Varo (Fleurigeon loc. cit. pag. 270).

6.° Decreto consolare del 12 brumale anno XI che annulla alcuni giudicati del tribunale di prima istanza di Fontenay (Fleurigeon loc. cit pag. 270).

7.° Decreto consolare del 28 fruttidoro anno X annullante una sentenza del tribunale civile d'Avignon (Fleurigeon loc. cit. pag. 271. 272).

8.° Simile annullante una sentenza dello stesso tribunale d'Avignon (Fleurigeon loc. cit. pag. 273).

9.° Decreto imperiale dell'11 maggio 1807 annullante una sentenza del tribunale di Alais con altre disposizioni relative (Sirey tom. 8, part. 2, an. 1808, pag. 14).

10.° Decreto imperiale del 16 marzo 1807 che annulla la decisione della corte d'appello di Poitiers (Sirey tom. 10, part. 2, anno 1810, pag. 230. 291).

11.° Decreto imperiale del 10 febbraio 1808 che annulla una sentenza del tribunale di commercio di Parigi (Sirey tom. 6, part. 2, pag. 271),

de savoir si la conduite du tribunal d'appel du departement du Doubs n'est que l'effet d'un simple erreur d'opinion, ou s'il faut l'attribuer à une affectation coupable;

Le Conseil d'État entendu arrêtent :

1.er Les jugemens des 4 fructidor an 8 et 2 floréal an 9 sont declarés comme non avenus;

2. Le président, et en cas d'empêchement legitime, le juge qui le suivra dans l'ordre du tableau, et le commissaire du gouvernement près le dit tribunal se rendront à la suite du Conseil d'État.

Que ainsi (dice il secondo decreto) l'entreprise du tribunal de Rochechouart sur l'autorité administrative est manifeste, mais qu'avant de recourir à des mesures plus sévères, il emporte au gouvernement de savoir si la conduite de ce tribunal n'est que l'effet d'un simple erreur d'opinion, ou s'il faut l'attribuer à une affectation coupable;

Le Conseil d'État entendu arrêtent :

1.er Le jugement du 15 messidor an 9 est considéré comme non avenu;

2. Le président du tribunal civile du quatrième arrondissement du departement de la Haute-Vienne, et en cas d'empêchement legitime, se rendra à la suite du Conseil d'État (1);

3. Le ministre des finances est chargé de l'execution du présent arrêt.

Da tutto ciò è dunque manifesto, tanto per dichiarazione di massima, avente forza di legge, quanto per autorità di decisioni o sia di decreti sovrani, avere il re per costituzione e per legge il diritto e l'esercizio pratico del medesimo ad annullare i giudicati incompetenti dei tribunali civili per titolo di eccesso di potere, o sia per usurpazione dell'autorità amministrativa.

(1) L'usurpazione di potere fatta dolosamente essendo per se stessa un delitto, merita una misura disciplinare anche fuori del caso di conflitto che dà luogo ad una positiva azion penale.

PRIME MATERIE E QUESTIONI

SULLE FORME TESTAMENTARIE.

Affine di determinare la scelta io osservo che nei primi tempi, ne' quali si è attivata la nuova legislazione, sono insorte parecchie questioni sull'importante materia dei testamenti. Omettendo le quistioni di diritto transitorio, le quali non formano parte delle collezioni pubblicate, e che coll' andar degli anni vanno o più presto o più tardi a cessare, qui cadono in considerazione le questioni di *forme*, le quali versando sopra di un oggetto finito e positivo, sono pure di loro natura circoscritte ad un numero non molto grande, e preveder si può che col tratto del tempo, o non si riprodurranno o ne sarà prevenuta la decisione. Io incominicio quindi da queste come più adattate all' epoca in cui viviamo, e le più opportune a prevenire gli sbagli di coloro che ricevono i testamenti.

E qui giova avvertire che in materia di *formalità estrinseche*, la ricerca della conseguente esecuzione od ommissione, e quindi della validità od invalidità di un atto, sembra a prima vista che soffrir non dovrebbe quistioni, o se pure si eccitassero, ne dovrebbe riescire facile ed evidente la soluzione. Siccome da una parte il giudizio di fatto, se sia stata o no eseguita una formalità estrinseca, è per dir così un affare piuttosto di *occhi* che di raziocinio, attesochè deve risultare dalla *sola lettura* dell' atto, nè può ammettersi veruna prova suppletoria fuori dell' atto medesimo, e dall' altra il giudizio di validità o nullità altro non essendo che un immediato risultato del riscontro fatto dell' atto materiale col testo della legge; ed a ciò bastando la mera intelligenza del contenuto della legge medesima, così pare non potere esservi luogo a quistioni, o che almeno essi siano di una facilissima soluzione. Guai se in materia di nullità fosse lecito di

argomentare nella stessa maniera che si usa nelle materie di diritto intrinseco! Questa maniera (quanto alle formalità) è cosa proscritta dalla ragione e dalla legge, come si dirà più sotto. Le nullità sono di strettissima interpretazione, e vanno trattate a guisa delle cose penali, perocchè la nullità pronunciata dal legislatore è una vera pena.

Ad onta di tutto ciò l' esperienza comprova pur troppo che sono insorte ed insorgono tuttavia questioni di nullità, le quali seriamente occupano la cura dei tribunali giudiziarj. Ma come può avvenire ciò? Qui convien distinguere le quistioni, dirò così, *storiche* da quelle che non sono tali; quelle che versano sulla quistione, se la forma sia stata o no adempiuta, da quelle che versano sulla *regolarità* dell' esecuzione della medesima. Quanto alle prime, siccome in esse non si controverte se la legge abbia colpito di nullità l' inosservanza di una determinata forma (a meno che non si voglia per un apertissimo eccesso di potere fare un' aggiunta alla legge, estendendo la nullità a fatti, ai quali il legislatore non la appose), così si disputa piuttosto sul fatto concreto, cioè se esso sia il caso contemplato dalla legge o no.

Ma come può mai avvenire ciò? Qui convien distinguere quistione da quistione. Altre di esse cadono sulla condizione delle persone necessarie alla celebrazione dell' atto, avuta relazione alla sua *validità*, ed altre cadono sulla *espressione* dello scritto, che deve far fede delle cose volute dalla legge. Volendo noi parlare di *queste ultime*, si domanda di nuovo come esse possano aver luogo, postochè ogni cosa deve risultare dalla semplice *lettura* dell' atto? La formalità da osservarsi non è forse chiaramente espressa nel testo della legge? Su di ciò non vi è dubbio. Forsechè si pretende che la legge debba dichiarar nullo un *altro* fatto espressamente non contemplato da lei? Nemmeno. Forsechè si vuole estrinsecamente provare che sebbene l' esecuzione dell' atto non sia stata formalmente enunciata nel documento, ciò non ostante essa fu veramente effettuata? Nemmeno. Ridotta la cosa a

questi augusti limiti, dove dunque può cadere la quistione di fatto se sia o no intervenuta una nullità? Eccole.

La legge ha bensì comandata l'osservanza di una data formalità sotto pena di nullità, ed ha pure comandata la menzione della di lei esecuzione; ma nello stesso tempo non ha prescritto con quale locuzione, ossia *con quali parole* questa menzione debba esser fatta nel rispettivo documento. Da ciò ne segue che sebbene non si possa nè si ardisca disputare sulla necessità della esecuzione medesima, e della rispettiva menzione espressa, ciò non ostante si disputa ancora della verità di fatto della esecuzione della formalità, perchè si pretende raccoglierne la prova mediante parole diverse, o enunciative dirette o indirette, o sparse o unite nel documento medesimo.

Tutte le quistioni pertanto, non apertamente temerarie, che vengono eccitate in punto di esecuzione di fatto di formalità estrinseche nei testamenti, o in qualunque altro atto che importi la menzione espressa, in ultima analisi, sono quistioni filologiche, nelle quali si tratta dell' EQUIPOLLENZA, ossia dell'intrinseca *identità* di significato delle frasi impiegate nel documento, colle frasi usate dal legislatore. (1) Qui la parola significato si riferisce, come ognun vede, alla *realità* del fatto, e come connotante la storia dell'effettiva esecuzione della formalità; e per conseguenza la parola *significato* qui non si assume in un senso puramente grammaticale, col quale venga indicata l'idea immediata annessa al singolare vocabolo; ma bensì viene impiegata in senso logico, cioè come esprimente *l' esistenza* passata di quello *stesso* fatto voluto dalla legge, benchè sotto altri vocaboli anche in in ordine diverso.

(1) *Est enim philologia sermonis studium et cura; quae circa verba versatur, eorumque tradit historiam, dum eorum origines et progressus enarrat, et sic per linguae aetates dispensat, ut eorundem teneat proprietates, translationes, et usus.* (Vici *de constantia philolog. de univers. jur. uno principio, et fine uno lib. II. part. II. pag.* 25.)

Ecco in che consiste l'equipollenza, che forma e può ancor formare oggetto di controversia in punto di nullità di un atto, pel solo titolo del fatto della esecuzione o inesecuzione di una formalità estrinseca stabilita dalla legge.

Ho detto per solo titolo del fatto di esecuzione o d'inesecuzione. Con ciò intendo di esprimere la mera esistenza o inesistenza dell'esecuzione apparente di una data formalità, e ciò per non escludere le altre quistioni, le quali cadono piuttosto *sul modo* della esecuzione medesima, benchè non si contenda che la formalità rapporto alla sua materialità sia stata adempiuta di fatto, ma solamente si disputi se lo sia stato *convenevolmente*, o per rapporto alla località ed al tempo, o per qualunque altro motivo. Così, per esempio, negare non si potrebbe che dalla lettura di un dato documento non apparisca che la menzione della tale formalità non esista. Ma nello stesso tempo disputare si può se la menzione stessa essendo stata fatta *dopo* la firma del testatore, e dei testimonj si abbia o no adempiuto all'intenzione del legislatore; e per conseguenza se l'atto sia valido o nullo. Lo stesso può aver luogo per ogni altro caso simile, nel quale si quistiona sul semplice *modo* di eseguire la legge.

Qui le cose cangiano d'aspetto, ed il punto della controversia involge altri rapporti. Il primo punto capitale che si presenta allora alla mente si è, se il legislatore abbia veramente ed espressamente stabilito che l'atto venga adempiuto piuttosto in quella data *maniera*, che in una data altra; e però in questi casi la disputa si affaccia in un aspetto inverso di quello della *equipollenza*, di cui abbiamo discorso. Ivi il senso della legge si suppone chiaro, ed incontrovertibile; e l'ispezione non cade che sul *fatto*, e precisamente se la menzione sia equivalente a quella voluta dalla legge. Qui per lo contrario si ammette in fatto la esecuzione di una data formalità, e disputandosi solamente del modo, la ispezione si risolve per primo capo, se questo modo preteso sia pur voluto dal legislatore. Laonde è manifesto che nei due casi la ispezione è totalmente di-

versa; benchè nell'uno e nell'altro caso convenga impiegare *l'ermeneutica* legale (1)

Ad ogni modo tosto si offre alla mente il seguente dilemma: o il legislatore ha espressamente stabilito che la data funzione particolare (di cui non si nega l'esistenza e la menzione in un dato documento) venga eseguita nella data maniera, e per esempio nel dato luogo preciso del-

(1) *Insignem critices partem constituit hermeneutica. Si ex sententia* QUINTILIANI *lib. XII. inst. orat. c. II., quaestio juris omnis aut verborum proprietate aut aequi disputatione aut voluntatis conjectura continetur: hermeneutica nusquam latius diffusa cernitur quam in jurisprudentia. Constat autem ars ista non solum praeceptis grammaticis et logicis, sed et jurisprudentiae propriis.* HEUMANNI *apparatus jurisprudentiae cap. XXVIII. §. CCXIX de critica et hermeneut. pag.* 219.

La filologia e l'ermeneutica differiscono fra di loro come una parte ed un tutto, mentre l'ermeneutica assorbe anche la filologia, ma essa si estenda più, perchè non solamente si restringe alla spiegazione verbale, ma abbraccia eziandio la parte intenzionale del legislatore dedotta per principio di ragione dalle frasi da lui impiegate. Essa però è di puro fatto positivo, lochè dà luogo a segnare la differenza colla *esegetica*, la quale si estende ancor di più, perchè impiegando essa i principj logici e di diritto anche naturale, abbraccia le fonti tutte d'interpretazione, e si estende eziandio ai casi non contemplati dalla legge, e gli scioglie con induzioni di ragione e di diritto — *Etsi exegetica quodammodo historica sit, enarrat enim, quis de facto sensus fuerit legislatoris; tamen quia latissime fusa est merito separatim tractatur. Duplex autem est, alia ex* TEXTU, *alia ad* TEXTUM. *Illa ex variis textibus simul, non ordine textuum, sed aliquo colligitur; haec* κατὰ πόδα *ad ipsos textus accomodatur, librisque immediate alligata est. Illa pertinet ad philologiam juris, ad imitationem philologiae sacrae Sal. Glassii; haec ad commentarios juris.* (LEIBNITZ *nova methodus discendae docendae jurisprudentiae part. II. §. 42 pag. mihi 197.*)

Dal che si deduce che la *filologia* forma parte dell'*ermeneutica*, ed ambedue formano parte dell'*esegetica*, la quale si estende ancor di più, poichè abbraccia ogni quistione di diritto.

l'atto, e prima o dopo di quella data altra funzione componente l'atto medesimo, ovvero il legislatore medesimo su di ciò si tacque. Nel primo caso non può cader controversia veruna, posta l'ipotesi che non si contende sul fatto dell'esecuzione. Se si disputasse su di ciò per una confusa menzione, in tal caso non avrebbe luogo altra quistione che quella dell'equipollenza della menzione, della quale sopra si è ragionato.

O il legislatore non ha espressamente ordinato il come, il luogo, e le altre particolarità che formano la *maniera*, colla quale eseguir si dovrà la data funzione o formalità, e in questo caso ha luogo una quistione d'interpretazione legislativa, non però ad effetto di stabilire per identità di ragione una nullità non pronunciata dalla legge, ma ad effetto soltanto di dedurre da espressioni non ben definite l'intenzione, sul *modo* di eseguire la prescritta formalità positiva della legge medesima. Dal che ne segue, che in ultima analisi la quistione diviene in un certo senso filologica, benchè per altro abbia tutta l'importanza d'una quistione di diritto statuente, perocchè alla fine trae seco la nullità dell'atto. Se a prima vista qui una decisione erronea non presenta un così mostruoso eccesso di potere, come nel caso d'introdurre una nullità non pronunciata dal legislatore, ciò nonostante nel fondo non vi è differenza nè quanto all'effetto, nè quanto al modo: stantechè si produce sempre la nullità, e si aggiunge alla disposizione della legge tanto coll'introdurre una nuova forma sotto pena di nullità, quanto una nuova maniera non prescritta dal legislatore nell'eseguire la formalità stabilita.

Ho detto di sopra che le quistioni di nullità sulla *maniera* non espressa di eseguire una formalità stabilita sotto pena di nullità diviene per primo capo quistione *filologica*. Un esempio schiarirà meglio questo pensiero.

Sopra si è osservato a modo di esempio che il legislatore ha prescritta una particolare formalità in un *atto pubblico*, e sia questo un testamento; avendone ordinata la menzione, ed avendo pure ordinata la sottoscrizione del

testatore e dei testimonj, in un atto per altro in cui interviene necessariamente il notajo, e nel quale l' attestazione entra come parte integrante, si potrebbe dimandare, se una menzione fatta *posteriormente* alla predetta sottoscrizione, si possa intendere fatta nell' *atto* stesso del testamento, o *fuori* del testamento?

A prima giunta si rileva che la menzione esiste indubitatamente nel documento autentico che contiene il testamento medesimo. Se dunque alla domanda piacesse di rispondere negativamente, non si potrebbe però mai negare che la menzione sia fuori del *documento*. La disputa dunque in ultima analisi si ridurrebbe a vedere se tutto il contenuto nel documento si debba riguardare, e *denominare* come *atto*, o se pure questa denominazione debba limitarsi soltanto alle cose scritte prima della firma del testatore, e dei testimonj, compresa anche la firma medesima. Allora come ognun vede si tratta di spiegare qual senso si debba annettere alla parola *atto* come cosa contemplata dal legislatore; e dalla soluzione di questa quistione pregiudiciale dipenderebbe intieramente la soluzione della quistione di diritto sulla regolarità, od irregolarità della collocazione della menzione fatta dal notajo nel documento medesimo, e quindi della validità, o nullità dell' atto da lui rogato.

Queste ispezioni essendo tutte dipendenti dalla natura, e dai limiti della definizione della parola *atto*, e precisamente dell' atto testamentario voluto dalla legge, si risolve in ultima analisi in una quistione di *nome legale*, la quale siccome importa il conseguente effetto della nullità, deve perciò essere risoluta luminosamente. Da ciò si vede che le quistioni di formalità estrinseche, riguardanti anche il *modo* della loro esecuzione (nel che si comprende il tempo, il luogo, il come, ed ogni altra qualità subalterna all' esistenza), finalmente si risolvono per primo capo in quistioni di significazione, e in largo senso sono tutte filologiche.

Salendo al principio regolatore troviamo che l' osservanza delle dette formalità intanto *esiste* agli occhi del legislatore e del giudice, in quanto *se ne legge la menzione*, nel-

l'atto autentico da lui ordinato. Ciò deriva dalla costituzione essenziale delle umane comunicazioni, nelle quali la legge ed il magistrato sono costretti a riportarsi alla verità estrinseca delle cose, e giudicare non dietro a quello che è, ma dietro a quello che consta autenticamente. (1) Siccome pertanto la legge non permette che la prova si ricerchi fuori dell'atto, così la esistenza delle formalità del testamento pubblico non può risultare che dalla *menzione* della loro esecuzione nel documento testamentario, e per conseguenza tutte le quistioni non apertamente temerarie in punto di adempimento di formalità estrinsiche si riducono alle questioni di *menzione*, nel che si comprendono tutte le controversie subordinate che possano cadere sulla forma e sulla collocazione della menzione suddetta.

Quanto alla forma della menzione ossia alle parole colle quali si esprime, la quistione involge quella della esistenza della menzione voluta dal legislatore, e quindi si tratta con ciò dell'adempimento o inadempimento della formalità conseguente al vizio di espressione, lochè in ultima analisi si risolve nella equipollenza, o non equipollenza delle locuzioni impiegate, con quelle volute dalla legge.

Quanto alla *collocazione* la quistione sebbene non involga di sua natura quella della esistenza della menzione materiale, cionnonostante tutta si aggira su la regolarità della menzione medesima per essere stata collocata piuttosto in un luogo che nell'altro, e si presenta per conseguenza piuttosto come quistione di diritto che come quistione di fatto. Qui l'equipollenza non è verbale, ma è totalmente legale e di diritto in quanto si contende che la collocazione della menzione debba avere lo stesso effetto, fatto tanto in un luogo, quanto nell'altro. L'oggetto per altro della quistione non cadendo su la forma della menzione, ma solamente sul luogo della medesima, è totalmente semplice, ne presenta le diverse modificazioni che nascono dalla possibilità delle

(1) Vedi pag. 164.

varie frasi e locuzioni, colle quali si può esprimere la medesima cosa.

Ad ogni modo è facile il vedere che a due sole classi si debbono ridurre tutte le quistioni di formalità estrinseche relative al testamento in quanto riguardano la semplice forma di uno scritto, cioè:

1.° Alle quistioni di forma filologica e grammaticale di menzione esprimente con frasi o parole diverse la stessa cosa voluta dal legislatore, e così a quistioni di equipollenza di senso.

2.° A quistioni di *ubicazione* della menzione, comunque chiara e non equivoca di una data formalità in quanto si disputa della sua regolarità secondo il disposto della legge, e quindi di equipollenza di luogo. Le prime sono tanto moltiformi quanto può essere varia la maniera di esprimere lo stesso senso. Le seconde sono tanto semplici quanto è semplice l'idea del luogo occupato da una frase collocata in uno scritto qualunque; e siccome nel testamento solenne quanto al luogo legalmente non si distinguono che due parti, cioè la parte del documento che contiene la disposizione munita della firma del testatore e dei testimonj, e in questa non si suddistingue che un principio ed un fine, e l'altra occupata dalle formalità imposte al solo notajo, così le quistioni di località non possono cadere che sopra tre luoghi, due de' quali stanno entro la prima parte dell'atto, cioè o sul principio o sulla fine; la terza poi sulla seconda parte del documento, in cui hanno luogo le incumbenze notarili relative al rogito.

Premessi questi schiarimenti passiamo alle

RICERCHE PRELIMINARI ALLE QUISTIONI SULLE FORME TESTAMENTARIE.

Prima di proporre le quistioni vertenti sulle equipollenze di *menzione*, di *senso* e di *luogo* dell'adempimento delle formalità estrinseche dei testamenti, ragion vuole che io esaurisca alcune ispezioni *preliminari* affine di circoscrivere il

campo delle battaglie forensi. A due sommi capi si riducono queste ispezioni. Il primo riguarda la *prova dell' adempimento* di una formalità transitoria voluta dalla legge nei testamenti, in quanto deve necessariamente *risultare dall' atto.* Il secondo riguarda l' applicazione della pena di nullità. Col primo si assicura che *tutte* le quistioni ragionevoli sull'adempimento delle forme estrinseche dei testamenti, non possono cadere *fuori* del documento medesimo, nè possono trascinare un attore od un reo convenuto nel laberinto delle prove testimoniali e delle presunzioni estrinseche alla espressione dell' atto. Col secondo si esclude ogni arbitrio nel giudicare in punto di nullità, e si limita l' azione dei giudici ai soli casi voluti dalla legge.

Sopra si è osservato che la condizione stessa dell' umana natura necessariamente importa di far uso negli affari tutti della *verità estrinseca* e non intrinseca: vale a dire che gli uomini sono necessariamente costretti a riportarsi a ciò che apparisce, e non a ciò che veramente esiste. Ma da questa osservazione non ne risulta necessariamente che essi restringer si debbano ad un dato mezzo di prova; ma bensì si abbracciano tutti quei modi che sono atti a far fede della esistenza o presente o passata di un fatto qualunque. Ciò posto, necessariamente ne segue che se il legislatore impose l' osservanza di una data forma transitoria, e nello stesso tempo non ne impose espressamente la menzione sotto pena di nullità, l' atto potrà sussistere, sempreché si possa far constare legalmente della sua esecuzione. Ma siccome fra i modi diversi onde far fede dell' esecuzione medesima, si comprende anche la prova testimoniale e ogn' altra probabile induzione, così, posta la circostanza che il legislatore non abbia ordinata la menzione espressa nell' atto medesimo, pare che escludere non si possano gli altri mezzi di prova che possono far constare dell' adempimento della prescritta formalità.

A schiarimento di questo pensiero è necessario di ritenere che noi non parliamo delle forme intrinseche, nelle quali si comprendono quelle che sono essenzialmente costitutive della sostanza dell' atto, e l' ommissione delle quali trae seco una

nullità radicale, ma bensì delle forme *estrinseche* dirette ad assicurare l'atto medesimo già costituito, e precisamente delle transitorie. Limitata così la ispezione, dobbiamo inoltre rammentare che noi parliamo di quelle sole che furono ordinate sotto pena di *nullità*. Ristretta così la nostra considerazione, giova riflettere, essere bensì chiaro, che quando la legge ordinò l'espressa menzione dell'adempimento della formalità, la menzione stessa diventa una di queste formalità, e quindi se ogni ommissione di formalità fu colpita da pena di nullità, l'ommissione della menzione importerà questa pena; ma allorchè la legge *non* ingiunse questa menzione, si potrà forse egualmente conchiudere che l'atto dove essa manca sia nullo? Si potrà forse escludere ogn'*altra prova* valevole a far fede che la formalità stessa fu adempiuta? Egli è ben vero che il legislatore prescrisse l'adempimento delle formalità; ma è vero altresì, che egli non ne prescrisse la *menzione* nell'atto. Pare adunque che la mente del legislatore non sia defraudata, se non quando *realmente* nacque l'*ommissione* della formalità stessa, e non quando solamente ne nacque il silenzio nel documento rispettivo. Dunque pare, che se si può far constare con *altri mezzi* diversi dalla menzione, che la formalità fu realmente adempiuta, non si potrà più temere il rigor della legge che colpì la reale ommissione colla pena di nullità. Io non nego (potrebbe dir taluno) che il silenzio del documento può ingerire un sospetto ragionevole che la formalità non sia stata *realmente* eseguita; e però fino a che non si faccia constare del contrario, l'atto si debba presumere come nullo: ma dire egualmente si potrebbe col sig. Merlin (1), che si deve

(1) « Un principe que nous avons eu plusieurs fois occasion « de presenter à vos audiences et que *plusieurs jugements du* « *tribunal de cassation ont consacré*, c'est qu'en fait de for- « malités qui ne laissent point de trace après elles, et que l'on « peut par cette raison appeller fugitives, on doit toujours « presumer jusqu'à preuve contraire qu'elles ont été remplies, « à moins que la loi n'exige expressement qu'il en soit fait

presumere che sia stata eseguita fino a che non si provi il contrario. O se pure si volesse dal solo silenzio presumere contro il documento la parte interessata a sostenerlo, avendo contro di se una formale presunzione di nullità, sarà tenuta a provare concludentemente la reale esecuzione che fu taciuta nel documento; ma non ne viene la conseguenza che per la mancanza della menzione dell'atto esso debba essere *ipso jure* nullo; imperocchè può stare benissimo che il redattore dell'atto ne abbia omessa la narrazione, e ciò non ostante la formalità sia stata realmente eseguita. In questo preciso caso, non avendo il legislatore prescritta la menzione sotto pena di nullità, ma solamente avendo punita la *reale* inesecuzione della medesima, ne viene per necessaria conseguenza, che ogni volta che si possa far constare altrimenti che essa fu adempiuta, non si può incorrere nella pena della nullità annessa all'*inadempimento reale* e non alla mancanza di menzione, e perciò stesso ne segue che la menzione possa essere altrimenti *supplita* con mezzi estrinseci al documento.

A questo discorso si potrebbe rispondere, che per un principio eminente di pubblica utilità (avuto anche riguardo alle insormontabili difficoltà che il lasso del tempo, la distanza dei luoghi, e le vicende della fede testimoniale presentano inevitabilmente), dovevasi, per l'utilità medesima delle persone beneficate dai testamenti, e per la sicurezza di altri aventi interesse che possono venir danneggiati, dovevasi, dissi, stabilire che l'esecuzione di tutte le formalità testamentarie prescritte dalla legge sotto pena di nullità, debbano essere comprovate dalla *espressa menzione* fattane nel rispettivo documento, benchè tale menzione non sia specialmente comandata, di modo che non possa ammettersi alcuna altra prova fuori dell'atto; d'onde ne nasce la regola che *la mancanza della menzione equivale a mancanza di esecuzione*; e però trae seco la pena di nullità dell'atto che do-

» mention dans l'acte auquel elles sont relatives. » MERLIN *quest. de droit, tom. III. pag.* 330. *V.° Divorce.*

veva essere rivestito della formalità di cui non comprende la menzione. (1)

Questa provvida misura che dettò l'inammissibilità della prova testimoniale in tutti quegli fra vivi di qualche entità, nei quali può aver luogo la prova scritta, doveva avere molto più luogo nei testamenti coi quali si dispone dell'intiera fortuna di un individuo, o di una famiglia. Senza di ciò la legge avrebbe avventurato la sicurezza delle più importanti transazioni sociali alla frode, all'urto delle passioni, alla lunghezza de' processi, e per un riflesso d'un ipotetico danno particolare avvenuto per ignoranza, avrebbe aperto il varco ad una infinità di mali e di confusioni. Se dunque può accadere che una delle suddette formalità sia stata adempiuta ma non mentovata, e che da ciò taluno ne riporti danno per una inescusabile trascuranza dell'estensore di un testamento, questo inconveniente si deve valutare co-

(1) « Osserviamo che, allorchè un testamento non fa menzione che si sieno adempite tutte le formalità volute dalla legge, non possono le parti interessate essere ammesse a provare che siano esse osservate in fatto, e che il silenzio del pubblico ufficiale a questo riguardo è l'effetto o della sua cattiva fede o della sua ignoranza. »

« Il legislatore vuole non solo che in materia di testamenti siano osservate tutte le formalità dal medesimo introdotte senza equivalenti, ma altresì che sia fatta menzione *nell' atto stesso* sotto pena di nullità. « (*Cod. Nap. art.* 1001.)

« Replicate sentenze della corte suprema hanno deciso che questa disposizione era di rigore; così il testamento in questo caso sarà nullo, e non potrà in conseguenza avere il suo effetto, » (Desquiron *trattato della prova testimoniale* §. 486.)

L'art. 1001 citato qui dal sig. Desquiron non parla della ommissione della menzione, ma bensì dell'ommissione *reale* delle formalità, nelle quali, comprendendosi l'espressa menzione ordinata dalla legge, e però la menzione divenendo una formalità stabilita dal legislatore, cade sotto la disposizione dell'art. 1001; ma con ciò si lascia intatta la quistione pel caso nel quale il legislatore avendo bensì ordinato l'adempimento di una formalità transitoria, ma non avendone stabilita la menzione, si possa perciò qualificar l'atto come nullo.

me nullo a fronte dei moltiplici e gravissimi inconvenienti che pur troppo insorgerebbero nel sistema contrario, cioè coll'ammettere prove suppletorie fuori dell'atto, come la esperienza dei passati tempi ha comprovato. È forza quindi di concludere, che *l'adempimento di una formalità prescritta dalla legge* sotto pena di nullità deve constare unicamente dalla lettura dell'atto medesimo, senza che sia ammissibile alcun'altra prova suppletoria.

Comunque però questi motivi siano urgenti, ed appoggiati alla ragione, nulla di meno abbisognano della sanzione di una *legge speciale* che gli avvalori e confermi. Se in appoggio dei medesimi si citassero decisioni dei tribunali, si risponderebbe che una decisione non è una legge: i tribunali non sono che applicatori della medesima, e tanto meno potrebbe qui, senza eccesso di potere, introdurre un principio, dal quale ne venga la necessaria conseguenza di una nullità, quanto più è certo che essi non hanno arbitrio veruno sì per istabilire, che per applicare le nullità medesime.

Oltre ciò, siccome per altre moltiplici decisioni viene giudicato che sarebbero i tribunali stessi rei di eccesso di potere se facessero una estensione da caso a caso delle nullità stabilite, ed oltre ciò si potrebbero specialmente contrapporre tutte le decisioni allegate dal sig. Merlin in favore della massima contraria di cui parliamo; così ne sorgerebbe un formale conflitto fra le une e le altre, il quale non potrebbe essere tolto che da una disposizione legislativa. Ritorna dunque sempre la necessità di ricercare una legge positiva che sciolga il dubbio. Questo non è il luogo in cui ci sia concesso di dar esito a questa disquisizione. Porremo quindi a guisa di quesito la proposizione non essere permesso fuori dell'atto o contro al medesimo di ricercare la prova dell'adempimento di una formalità, della quale il legislatore abbia bensì ordinato l'adempimento, ma non la menzione sotto pena di nullità, e procederemo oltre nel nostro discorso.

Ristretto così il campo di ogni disputa sulla esecuzione delle formalità al documento contenente la storia dell'atto,

ne emerge un motivo di sicurezza per colui che ama di istruirsi sulla materia della nullità per capo della violazione delle formalità estrinseche dei testamenti nei loro rapporti diretti alla fede che far ne possono i testimoni ed il notajo.

Ho detto *nei rapporti diretti alla fede* che far ne possono i testimoni ed il notajo; imperocchè convien ritenere che nella estensione di un atto occorrono certe circostanze, delle quali il notajo ed i testimoni non possono far fede esclusiva per *se medesimi*, e circa le quali si possono ammettere in via civile prove contrarie senza inscriversi in falso contro il documento, e queste circostanze sono tutte quelle, le quali non cadendo sotto la sperimentale e sensibile osservazione del notajo e dei testimoni, essi non ne possono far fede per *scienza propria*, ma solamente per tradizione altrui o per induzione probabile o per altra presunzione. Tale per esempio si è lo stato morale o legale del testatore (1); tali le qualità non apparenti dei testimoni, come sarebbe la loro origine, la partecipazione ai diritti civili, ed altre tali circostanze.

Col premesso criterio si distinguono chiaramente quelle formalità, circa le quali si può o non si può ammettere in via civile prove *estrinseche* alla menzione dell' atto.

(1) Vedi l' appresso Nota.

NOTA

La prova testimoniale della demenza di un testatore proposta dall' attore deve essere preferita, o posposta alla prova scritta del buon senno risultante dagli atti autentici prodotti dal reo convenuto?

Nel riferire il caso del testamento di Maria Jacob (1), fu osservato che la prova testimoniale della demenza del testa-

(1) Pag. 245 e seguenti del tomo 1. Giorn. di giurisp.

tore o donatore è *ammissibile*, benchè il notajo faccia fede del buon senno del testatore medesimo. Ma altro è il dire che sì fatta prova sia *ammissibile* dai tribunali, ed altro è dire ch' essa *debba* da' tribunali stessi essere *sempre ammessa*. La prima proposizione esprime una facoltà; la seconda esprime un *dovere indeclinabile*. Ora si domanda se si verifichi questo dovere? Il primo caso che si presenta è quello nel quale un attore offra la prova testimoniale della pretesa demenza, e il reo convenuto produca nello stesso tempo la prova autentica del buon senno costante del testatore medesimo *e prima e contemporaneamente e dopo l' atto* che dicesi fatto in istato di demenza.

La ragione critica legale suggerisce che la *prova scritta risultante dagli atti autentici deve essere certamente preferita alla prova testimoniale* che viene offerta del contrario come in se stessa degna di maggior fede. Dunque se la prova testimoniale venisse anche ammessa, essa riescirebbe inconcludente per provare il fatto contrario. Indipendentemente da ciò niuna legge obbliga i giudici in questo conflitto a preferire la prova testimoniale alla scritta; ed anzi all' opposto per un principio eminente di tutti i tempi mantenuto dal codice Napoleone la scritta prevale sempre alla testimoniale finacchè il documento non venga altrimenti impugnato, e giudicato come falso. (1) La prova dunque del buon senno costante appoggiata a documenti autentici prodotta da una parte, non solamente non deve essere posposta alla testimoniale della demenza prodotta dall' altra parte; ma per lo contrario secondo ogni ragione deve essere preferita alla testimoniale.

(1) Veggasi gli articoli 1317 fino al 1350.

RAGIONE DELLE FORME DEI TESTAMENTI IN GENERALE.

Dopo la teoria generale delle forme e nullità riguardanti qualunque atto autentico, è di mestieri il vedere in particolare la ragione fondamentale delle forme e delle nullità dei testamenti stabilite dalla legge.

Ogni qualvolta si conoscerà la ragione fondamentale per cui le forme furono stabilite, si riconoscerà pur anche la ragione delle stesse nullità.

Tutto esaminato si rileverà che il codice Napoleone con molta sapienza trascelse i modi i più opportuni, più semplici e più sicuri onde far constare della volontà di un testatore. Esso provvide per tutta quella classe di persone che sa leggere e scrivere, per quella che sa o può leggere solamente, ma non sa o non può scrivere, per quella finalmente che non sa o non può nè leggere nè scrivere: e nel far ciò impose le forme ed amministrò le nullità colla più stretta economia. Essa dichiarò indegno di fede un atto, allorchè riesce veramente e secondo la natura delle cose indegno di fede o di dubbia fede, e dall' altra parte non caricò gli atti di tante formalità da rendere difficile l' osservanza della data forma di testamento.

Tutte le altre mancanze furono colpite con sanzioni puramente disciplinari, senza sovvertire la certezza legale dell' atto medesimo.

Ogni testamento è un atto di volontà assoggettato, sì per le sue disposizioni, che per i diversi modi di esternarlo, alle disposizioni delle leggi. Vi ha di più: la fazione del testamento è l' esercizio di un diritto *civile*, ossia una facoltà accordata dalla legge ad un proprietario di regolare entro certi limiti e sotto di certe forme il corso della sua eredità (1). Più alto levando l' attenzione, la fazione del testa-

(1) Au présent qu'il est bien reconnu que le droit de tester n'appartient qu'au *droit civil*, et que consequenment il ne

mento si deve propriamente riguardare come una *pubblica* funzione che il privato eseguisce in nome di tutta la società, la quale a lui trasmise la facoltà di disegnare le persone, alle quali dopo la sua morte assegnare si dovranno i di lui beni: facoltà che originariamente appartenendo al solo corpo della vivente società, fu stimato opportuno di delegare al proprietario medesimo, e di garantirla dopo la di lui morte coll' autorità di tutta la società che sopravvive.

Due ispezioni pertanto si presentano a prima giunta all' occasione di ogni testamento, cioè:

1.° Colui che fece testamento ne aveva egli la conveniente *capacità?*

2.° Posta questa capacità, *quale* fu veramente la di lui *volontà?*

La prima domanda relativa alla capacità abbraccia tanto la *naturale*, quanto la *civile*. Per l'argomento della validità essenziale o della nullità radicale dell' atto testamentario è assolutamente necessario che si verifichi l'una e l'altra capacità (1).

La capacità *naturale* esige come suoi essenziali requisiti la perfetta *intelligenza* e *libertà* del testatore. Queste condizioni, comuni ad ogni sorta di atti volontarj, debbono sopra tutto concorrere nella fazion del testamento. In qualunque punto della vita questa funzione può essere eseguita: e siccome l'uomo può fin negli ultimi istanti soffrire ostacoli possenti al pieno e libero esercizio della sua naturale capacità; così la legge ebbe una cura speciale non solamente di *ricordare* la necessità di queste condizioni, ma eziandio di ordinare certe precauzioni, le quali servissero ad un tempo stesso ad assicurarne, per quanto era possibile, la cogniaio-

s'agit que d'établir des précautions suffisantes pour *reconnaître la volonté*, il était naturel que le code multipliât les facilités toutes les fois qu'il ne resterait pas de doute sur la volonté. Exposé des motifs, edit. Didot 1804 tom. IV, pag. 350.

(1) Ved. pag. 81 a 87, 105 e 106 del Giornale di giurisprudenza tom. IV.

ne ed il pieno esercizio, ed a far fede della *identità* dalla volontà manifestata.

I motivi che accompagnano la pubblicazione del codice Napoleone, ci assicurano di questa doppia mira del legislatore. Il tribuno Jaubert considerando la disposizione dell'articolo 901 del codice Napoleone (che come progetto veniva presentato all'autorità legislativa) nel quale si dichiara che per fare una donazione fra vivi o un testamento fa d'uopo essere *di mente sana*, soggiunge quanto segue: « egli era tanto più importante di non omettere la regola di mente sana, quanto più è certo che la legge non fissa veruno spazio di tempo che debba passare fra l'atto testamentario e la morte, e ciò anche per la donazione fra vivi. La natura dell'atto, in qualunque tempo della vita si faccia, viene determinata dalla sua forma; quand'anche egli fosse fatto nell'istante che precede la morte, esso conserva il suo carattere e produce il suo effetto (1). Ora l'esperienza dimostra che per lo più l'uomo non dispone, soprattutto per testamento, che ne' suoi ultimi momenti. Allora quanti pericoli per l'ammalato! Quante imboscate dal canto di coloro che lo circondano! La legge sull'interdizione ha provveduto al caso della demenza: se la demenza è stata riconosciuta con sentenza, o se l'atto presenta per se stesso la prova della demenza, esso è nullo. Ma la demenza è una privazione abituale della ragione. »

« Si può non essere sano di mente, e non essere privo della ragione che momentaneamente. Un individuo non interdetto può avere fatto un atto che presenti tutto l'esteriore della libertà, e ciò non pertanto trovarsi in circostanze talmente critiche per la sua intelligenza e per la sua volontà, che sarebbe impossibile di rimaner convinti aver esso avuto l'intiera libertà del suo spirito. Per esempio se un uomo avido ha profittato del momento in cui un malato era in delirio per fargli fare delle disposizioni, dovrà esso godere il frutto del suo intrigo? »

(1) Exposé des motifs, edizione di Didot tom. IV, p. 328.

« Il notajo ed i testimonj saranno senza dubbio altrettanti sorveglianti fedeli: i notaj soprattutto defrauderebbero il voto della legge; eglino si renderebbero colpevoli di una grave prevaricazione, se non cominciassero coll' assicurarsi del buon senno di coloro che dispongono; ed è probabile che in conseguenza di ciò, essi continueranno ad inserire in tutti questi atti, che il disponente è sembrato loro sano di spirito e d' intelletto » (1).

Da tutto ciò è manifesto che in generale la legge nel prescrivere le forme testamentarie ha ordinato certe precauzioni per assicurarsi della capacità naturale, ossia della attuale intelligenza e libertà dei testatori; e nell' atto di provvedere alla certezza ed alla identità fra le cose contenute nel documento testamentario, e la reale espressione della mente del testatore, ha pure pensato alla prima ed essenziale condizione della intrinseca validità del medesimo (2).

Ma forse dir si dovrà perciò che il documento testamentario faccia fede dello stato d' intelligenza e di libertà del testatore, come lo fa delle di lui disposizioni? No certamente. « I notaj ed i testimonj (dirò col ricordato tribuno) non sono giudici di questo stato ». L' osservazione del notajo (proseguirò col sig. Merlin) non fa che indicare ciò che a lui è *sembrato*. D' altronde l' accertarsi dello stato di sanità di mente del testatore è cosa estranea al di lui ufficio. Tutto ciò che egli ha detto a questo riguardo è fuori della sostanza dell' atto, e non presenta che una semplice enunciativa di nissuna concludenza agli occhi della legge; la sua asserzione su questo punto non fa alcuna fede (3).

Eppure importa sommamente di sapere se il testatore avesse o no la richiesta capacità naturale di disporre, e di

(1) Detta esposizione dei motivi pag. 327.

(2) Questa mira espressa in una maniera generale viene ripetuta in una maniera particolare, parlando delle forme speciali dei testamenti.

(3) Vedi tom. I, pag. 253 del Giornale di giurisprudenza.

rilevare in caso contrario la circostanza della di lui incapacità per difetto di intelligenza e di libertà. In qual maniera ciò può venir fatto? Quale sarà la maniera di provare o di eccepire su di questo punto? Il legislatore non ha mancato di fare a se medesimo questa domanda. Ma, considerando la varietà infinita delle circostanze, si è veduto in necessità di abbandonare la specie della prova all' impero delle circostanze ed alla saviezza dei tribunali. « Quale sarà il modo di prova? (Dicono i motivi del codice) (1). Egli è impossibile che la legge stabilisca regole fisse e positive in una materia nella quale tutto dipende da circostanze che variano all' infinito. La legge non può che lasciarne l' esecuzione al poter dei tribunali. »

« Ad ogni modo i giudici sapranno quanto sia pericoloso l' ammettere indiscretamente reclami contro atti, l' esecuzione dei quali è sommamente desiderata dalla legge. Essi non mancheranno di premunirsi contro i tentativi dell' interesse personale. In una parola essi non ammetteranno un simile mezzo di prove estrinseco e contrario, se non allorquando circostanze decisive e perentorie somministreranno loro la convinzione morale e legale, che il disponente non era sano di spirito. »

Da tutto ciò ne derivano due conseguenze. La prima che la prova estrinseca della demenza non è limitata a specie alcuna singolare, ma che può essere ammesso *qualunque mezzo* atto a produrre la convinzione suddetta. Ciò difatti venne deciso nel caso già allegato del testamento di Maria Jacob, nel quale la corte di cassazione dell' impero con sua decisione del 22 novembre 1810 decise « *essere permesso* alle parti di articolare, ed ai tribunali di ammettere a provare *tutti i fatti* che sono atti a stabilire che l' autore di una donazione tra vivi, o di un testamento non era di mente sana all' epoca della confezione di questi atti, senza distin-

(1) Esposizione dei motivi secondo l' edizione di Didot 1804 tom. IV, pag. 328.

guere se questi fatti abbiano o no costituito uno stato permanente di demenza (1).

La seconda conseguenza si è che perciò solo che questi mezzi di prova estrinseci della demenza sono ammissibili, non ne segue la conseguenza, che i tribunali *debbano* ammetterli a *beneplacito* della parte litigante tutte le volte che essa ne fa l'offerta, e qualunque ne sia la concludenza. La legge sul punto dell'effettiva ammissione e non ammissione di siffatte prove, e più specialmente per il giudizio della loro concludenza o inconcludenza, si rimette alla prudenza ed ai lumi dei tribunali, come si è veduto. In ciò la legislazione romana va d'accordo coll'attuale. Infatti fu già deciso che « le leggi romane non esigono che il giudice ammetta la prova testimoniale della demenza del testatore tutte le volte che questa prova venga offerta, ma esse si rimettono in ciò alla saviezza dei giudici ». Tale fu la decisione della Corte di cassazione dell'impero dei 22 nevoso anno IX nella causa Beysson e Consorti (2).

Coerentemente a questa massima furono esternati i sopra ricordati motivi del codice Napoleone.

Da queste considerazioni ne emerge pertanto; 1.° che *la capacità naturale* di un testatore a disporre è sempre *presunta* dall'atto testamentario, e che però colui che produce un testamento rivestito di tutte le sue forme, o ne domanda la esecuzione, non è obbligato di provare la *capacità* del testatore, se il suo avversario la negasse; ma che all'opposto il carico della prova della incapacità è trasferito nell'avversario; perciò appunto che si presume in favore del testamento. La *validità* quindi presuntiva del testamento per titolo della capacità del testatore è fondata e presunta coll'atto stesso esente da vizio intrinseco ed estrinseco. La *nullità* per lo contrario definitiva del medesimo per titolo

(1) Vedi tom. I, pag. 257 del Giornale di giurisprudenza.
(2) Vedi Sirey tom. I, part. I, p. 484. Vedi pure p. 211 del tom. II del Giornale di giurisprudenza.

d'incapacità è fondata e provata con ogni mezzo di prova atto a produrre un morale e legale convincimento.

2.° Ne segue che la presunzione di *capacità*, e quindi quella della *validità* intrinseca, non è tanto urgente da escludere una prova estrinseca del contrario in via civile e durante lo stesso giudizio di esecuzione del testamento, a differenza della prova della *verità* dell'atto testamentario risultante dalle forme adempiute, la quale produce l'esecuzione immediata fino alla prova di falso.

Non io perciò posso convenire nell'opinione che « non si possa impugnare un testamento come nullo per causa di demenza, o di captazione senza un principio di prova per iscritto, atta a comprovare la demenza o captazione » (1). Imperocchè lo stato di demenza e gl'intrighi di captazione, sono cose, prova delle quali essendo stata dalla legge abbandonata all'impero delle circostanze, non fu perciò stesso assoggettata ad alcuna regola speciale, come fu di sopra osservato e dimostrato colle parole dei motivi della legge, e giudicato dalla Corte di cassazione colla recata decisione 22 novembre 1810; e però non ammettono alcuna limitazione nè di prova scritta, nè di principio della medesima.

Dagli argomenti di autorità passando a quelli di ragione, non si può concepire, come l'accidente della demenza, o i fatti della captazione, sieno cose suscettibili della disposizione della legge che comanda ai contraenti di premunirsi coi mezzi della prova scritta, o con un cominciamento della medesima. Anzi è assurdo il pensare che la legge imponga un obbligo di questa natura per la demenza e captazione. Avvegnachè converrebbe supporre che gli eredi che hanno una aspettativa potessero e dovessero prevedere anche di lontano, od a molte miglia di distanza, il caso dell'improv-

(1) Una decisione del 30 germile anno II. della Corte di appello di Parigi, nella causa fra gli eredi ed i legatarj Lecouteux riportata nel tom. III, part. II, pag. 273, ha stabilito questa tesi.

visa demenza del testatore, od avvedersi degli occulti intrighi delle persone che lo avvicinano per carpirgli una disposizione; e questa previdenza dovrebbe essere estesa a tutti i successibili, e tutti dovrebbero premunirsi di un principio di prova scritta; perchè può essere che i prossimiori di grado cedano il luogo ai più rimoti. Ora queste ed altrettali cose sono forse praticabili?

Certamente dopo che il legislatore fu convinto della impossibilità di stabilire un mezzo particolare di prova, io non veggo come si possa conciliare la massima che impugniamo coi principj di ragione e di autorità già allegati.

Nulla soggiungiamo sulla capacità o incapacità *civile*, sia assoluta, sia rispettiva di testare; sì perchè le disposizioni delle leggi su di questo argomento sono troppo chiare e precise; e sì perchè la considerazione di tale capacità non ha avuta influenza veruna nello stabilimento delle forme testamentarie.

Poste le dovute capacità nel testatore, si domanda quale *veramente* sia stata la di lui volontà? Il legislatore, volendo che sempre si potesse soddisfare a questa domanda in un modo per quanto fosse possibile facile, sicuro e permanente, ordinò che il modo esterno onde *accertarsi* della volontà del testatore fosse la *scrittura*, o fatta dallo stesso testatore, o fatta da altri per di lui ordine e giusta le di lui espressioni.

Ma intanto la scrittura fa prova, in quanto contiene la fedele espressione dei sentimenti palesati dal testatore: ed in quanto questa espressione è fedele, in quanto il *senso* dello scritto è *identico* a quello che il testatore volle tramandare alla carta, o a quello che egli palesò a voce al notajo o ad altri che scrissero per lui.

L' *identità* dunque dello *scritto*, di cui un erede fa uso con quello che il testatore veramente estese, l' *identità* del *senso* dello scritto esteso da altri con il senso che il testatore

manifestò a voce, ecco il vero oggetto delle forme testamentarie, ecco l'argomento alla *prova* del quale queste forme furono eminentemente instituite. La bontà loro *logica* o assoluta consiste nel produr la maggior fede di questa identità. La bontà loro *politica* consiste nell'essere adatte al diverso stato di coloro che possono testare, e all'interesse di tutti coloro che possono ricevere e avere diritto (anche situati in diversi luoghi, o dopo un certo tempo) in una successione.

La società è composta d'uomini che sanno e possono scrivere, e di uomini che non sanno scrivere: e fra quelli che sanno scrivere accade il caso che fare non lo possano per qualche fisico impedimento. Siccome la parola è l'unico mezzo col quale l'uomo manifesta senza equivoco la propria volontà; così altro mezzo non v'era per esprimere la intenzione del testatore che, o la parola moralmente espressa, o la stessa parola espressa in iscritto. Per la qual cosa esistere non potevano che due specie di testamenti, l'uno scritto e l'altro verbale.

La legge doveva provvedere e per l'una e per l'altra maniera in modo che constasse stabilmente della volontà del testatore espressa o a voce o in iscritto. Quanto allo scritto, se dubitare non si può della sua identità, il documento essendo permanente, soddisfa abbastanza all'intenzione del legislatore. Tutta la cura dunque nei testamenti scritti dallo stesso testatore si doveva restringere ad assicurare così la verità del documento scritto, che non si potesse dubitare essere quello stesso che fu redatto dal testatore; e qui si apre la teoria delle forme e delle nullità dei testamenti olografi e in parte dei mistici.

Quanto poi ai testamenti espressi a voce dal testatore, la legge doveva assicurarsi che la volontà stessa venisse raccomandata ad un documento stabile qual è lo scritto, in modo però che non si potesse dubitare che l'intenzione reale del testatore sia diversa da quella che fu tramandata alla scrittura, e ciò adempiendo le condizioni generali già sopra espresse. Da questo principio nasce la teoria delle forme, e delle nullità del testamento solenne o autentico.

Prescindendo per ora dall' esame speciale delle singole formalità di queste tre forme di testamento, e limitandoci allo scopo finale e proprio delle medesime, cioè al fine di assicurare e testificare questa *identità*, voluta dal legislatore, giova qui di riportare le parole dei motivi che accompagnarono la legge.

1.° Parlando del testamento *olografo*, dicono i motivi « qual atto può manifestare più sicuramente l' espressione libera della volontà del testatore, che quello che è interamente scritto, datato e segnato dalla sua mano » (1)? Passando il legislatore a considerare, che oltre all' identità di espressione della volontà, conveniva assicurare anche *l'identità della carta* contenente il testamento olografo, soggiunge « fu solamente presa una precauzione affinchè lo stato di questi atti sia comprovato. Ogni testamento olografo deve prima della sua esecuzione essere presentato al giudice destinato che formerà un processo verbale dello stato in cui il documento si troverà, e ne ordinerà il deposito presso un notaio (2). »

2.° « Quanto al testamento per *atto pubblico* fu preso un termine medio fra le solennità prescritte dal diritto scritto, e quelle usitate nei paesi di diritto statutario. »

« Egli era conveniente di aumentare le precauzioni stabilite nei paesi di consuetudine, per far *constare della volontà* dei testatori; ma esigendo un numero di testimonj maggiore di quello che è necessario per conseguire questo fine, si sarebbero assoggettati coloro che dispongono ad un grande imbarazzo, e forse sarebbero stati esposti a trovarsi spesso nella impossibilità di fare estendere i loro testamenti. Questi motivi hanno determinato la regola che il testamento per atto pubblico sarà ricevuto da due notaj in presenza di due testimonj, o da un notajo in presenza di quattro testimonj (3). »

(1) Detta esposizione tom. IV, pag. 350.
(2) Detti motivi tom. IV, pag. 301.
(3) Detti motivi tom. IV, pag. 301 e 302.

« Egli è ricevuto da due notaj in presenza di due testimonj, o da un notaio in presenza di quattro testimonj (dicono altrove i detti motivi). Nelle campagne basterà che uno dei due testimonj firmi se il testamento è ricevuto da due notaj, e che due dei quattro testimonj firmino se egli è ricevuto da un solo notaio. Vi saranno dei testimonj anche coi due notaj: non perchè la legge diffidi dei notaj, ma bensì perchè i testamenti facendosi il più sovente nell' estremità della vita, era cosa utile il moltiplicare i sorveglianti in favore di un individuo che può essere assediato dall' intrigo o dalla cupidigia (1). »

3.° Parlando poi del testamento *mistico* (proseguono gli stessi motivi) « questa è la forma che la legge correda col più grande apparecchio. Essa esige sei testimonj; perchè si tratta non solamente di garantire la libertà del testatore, ma eziandio di far constare dell' *identità* dello scritto che contiene le sue disposizioni, e di quello sul quale si estende l' atto di soprascrizione (2). »

« Si devono temere in questo atto le sostituzioni di persone o di carte. Fa d' uopo che le formalità siano tali, che gl' intrighi i più sottili della cupidigia siano prevenuti: il numero dei testimonj è soprattutto il mezzo che può garantire che tutti non saprebbero concorrere in un complotto criminoso (3). »

Da tutti questi passi pertanto risulta evidentemente, che lo scopo precipuo ed immediato del legislatore nello stabilire le forme testamentarie si fu di assicurare, o l' *identità* dello *scritto* con quello che fu veramente esteso dal testatore, o l' *identità* del *senso* dello scritto esteso da altri col senso che il testatore manifestò a voce. Le forme adunque dei testamenti ordinate dalla legge sono altrettanti mezzi di prova diretti a questo fine. Per la qual cosa l' adempimento di siffatte forme riguardar si deve come la produzione di una

(1) Detti motivi tom. IV, pag. 351.
(2) Detti motivi tom. IV, pag. 351.
(3) Detti motivi tom. IV, pag. 302.

prova concludente a dimostrare almeno con somma probabilità che il documento testamentario esprime veramente la volontà del testatore, lochè forma l'oggetto della seconda domanda sopra instituita.

Per quello poi che spetta alla *libertà* ed *intelligenza* personale del testatore, l'intenzione delle forme suddette non può essere che *secondaria*, e la loro esecuzione riguardar non si può che come un mezzo producente una presunzione di una forza incomparabilmente minore di quella della duplice identità, di cui abbiamo di sopra discorso.

In conseguenza di queste osservazioni noi dovremo per ora prescindere dall'oggetto della capacità del testatore, e restringere il nostro esame all'unico oggetto della *identità* sopra ricordata, ed analizzare partitamente le forme proprie di ogni testamento, e con questa unica mira esaminare le successive questioni pratiche che si presenteranno.

DELLE FORME REGOLAMENTARI.

Alle forme prescritte dal codice Napoleone succedono quelle del regolamento sul notariato. Per fatto e per diritto esse non tolgono o mutano nulla nelle disposizioni legislative del codice. Solamente *aggiungono* alcune cautele proprie e comuni agli atti autentici.

I principj direttivi sulle nullità regolamentari sono identici a quelli delle forme legislative.

Ognun vede che la loro osservanza è *necessaria* ogni qualvolta la legge, ossia il regolamento la impose, qualunque sia la pena annessa alla loro violazione.

Si vede pure che la violazione non importa nullità se non quando questa pena fu espressamente pronunciata dal regolamento.

Da ciò ne segue che posta la disposizione espressa della osservanza della formalità sotto pena di nullità, questa pena non potrà aver luogo in un giudizio di prima presunzione se non nel caso della effettiva mancanza della formalità ordinata. E siccome l'essenza stessa della formalità ordinata ad

un notaio consiste nella *menzione* di luogo, di tempo, di qualità delle persone intervenute all' atto, o come parti principali o come testimonj (perocchè ciò che riguarda la *sostanza* dell' atto e le altre forme, fu comandato dalle leggi civili), così il difetto di menzione commesso dal notaio costituirà essenzialmente la violazione della forma imposta, ed importerà la nullità suddetta.

Quanto poi alla *collocazione* della menzione ordinata dal regolamento, è chiaro che la pena di nullità non potrà aver luogo per un tal *modo speciale di ubicazione* della menzione stessa, ammeno che per una disposizione espressa del regolamento, questa collocazione non sia comandata sotto pena di nullità. Imperocchè altro è ordinare che una data forma sia inserita in un documento, ed altro è ordinare che sia collocata in una data parte del medesimo. Ad evitare la nullità nel primo caso, basta che si vegga la menzione della medesima nel documento stesso prima dell' autentica dichiarazione e sottoscrizione finale del notaio. Ad evitare poi la nullità nel secondo caso, non solamente si ricerca la menzione medesima, ma eziandio la circostanza inseparabile della collocazione, come qualità inseparabile dell' adempimento della formalità imposta. L' osservanza, risultando dalla *congiunzione immediata*, ossia dalla *simultaneità* tanto della menzione, quanto della collocazione in una data parte dell' atto; l' inosservanza risulta o dal difetto di menzione o da una collocazione diversa. Se dunque fu aggiunta la pena di nullità alla violazione della forma, essa dovrà aver luogo anche in forza della sola diversità di collocazione.

Ma affine di produrre quest' effetto fa d' uopo, come ognun vede, di una espressa e precisa disposizione della legge prescrivente tanto la menzione, quanto la collocazione: e sarebbe un vero eccesso di potere, allorchè esiste la menzione, il pronunciare la nullità dell' atto per una collocazione diversa da quella che piace al giudice, nel mentre che la legge non ne avesse imposta alcuna in particolare, nè avesse espressamente ordinato al notaio di inserire la menzione medesima piuttosto in una data parte, che in altra

dell' atto medesimo. Le ragioni di analogia e di convenienza in materia di nullità, sono veri eccessi di potere, come si è veduto (1). Dall' altra parte poi sarebbe lo stesso che accusare la legge come improvida, ed usurpare con danno dei privati diritti l' autorità del legislatore, il quale per le formalità di minor importanza, e che direttamente non tendono a far fede della verità intrinseca dell' atto si è voluto riposare sulla fede sola del notaio, al quale attribuì un carattere di confidenza assoluta per le circostanze di minor conto, invece di far prevalere una diffidenza ingiuriosa. Noi confermeremo in progresso queste osservazioni coll' autorità dei giudicati.

Il punto eminente in questa materia sta nel distinguere le formalità che sono comuni a tutti gli atti autentici e quindi agli atti notarili, da quelle forme che sono proprie ad una data specie di atti. Quando si tratta di testamenti non conviene estendere nemmen per analogia le forme dei contratti ai testamenti. Diversi casi decisi schiariranno vieppiù questa teoria, la quale d' altronde vien appoggiata dal principio che non lice estendere le nullità da caso a caso, e molto meno da materia a materia.

DELLA RAGION DELLE FORME DEL TESTAMENTO MISTICO O SECRETO.

Da principio si osserva che nel testamento mistico il testatore manifesta la sua volontà per iscritto. In ultima analisi però non è necessario che la scrittura sia fatta da lui, ma basta che essa sia fatta da altri per di lui ordine, che consti che egli stesso conosca il contenuto dello scritto, e dichiari in una maniera indubitata che lo scritto medesimo contiene la sua volontà. Da ciò si comprende che l' atto materiale del testamento mistico si divide in due parti. La prima è interna: la seconda è esterna. Ambedue sono necessarie per costituire la certezza legale dell' atto.

(1) Vedi tom. IV, pag. 95 del Giornale di giurisprudenza.

Quanto alla parte *interna* essa è contenuta nella cedola testamentaria, la quale può essere scritta dal testatore stesso, o da altra mano per ordine suo. Sa egli scrivere? Egli la deve firmare, e questa firma è il primo contrassegno che lo scritto contiene la di lui volontà. Non sa, o non può egli scrivere; ma sa però leggere? Deve essere firmata da un'altra persona per lui. Non sa egli leggere? La cedola allora si ha per non fatta (art. 978). E perchè ciò? Perchè non potrebbe constare dalla *identità* dello scritto colla volontà vera del testatore. Imperciocchè nel testamento mistico la prova intrinseca di questa identità quanto alla cedola testamentaria, riposa così sulla fede e la cognizione propria del testatore che non si può d'altronde ripetere. Ora se il testatore non sapesse leggere, egli non potrebbe per se stesso comprendere che cosa contenga lo scritto, e quindi se il tenore dello scritto sia identico, o diverso: e perciò stesso non potrebbe dichiarare dappoi se questa cedola contenga la sua volontà. La prova pertanto in generale della identità dell'espressione della cedola colla mente del testatore risulta nel testamento mistico da due estremi. Il primo che il testatore sappia per se stesso rilevare ciò che sta scritto nella cedola, ossia che sappia leggere la detta scrittura; il secondo che egli dichiari alla presenza del notaio e dei testimoni, che la cedola medesima contiene veramente le sue intenzioni.

La legge non ha richiesto essenzialmente altro che la fede del testatore stesso, come unica prova della identità fra il tenore scritto della cedola, e la propria volontà. Le altre formalità non sono che prove subalterne della fede manifestata dal testatore medesimo.

Così allorquando il testatore procede a questa dichiarazione, la legge suppone che essenzialmente il testamento sia fatto, ed altro non aggiunge che le prove estrinseche atte a far fede di questa esistenza.

E qui cade una essenziale differenza fra il testamento mistico, ed il testamento solenne. Nel testamento solenne la volontà non è esternata se non dopo la dettatura del testatore, e la scrittura del notaio, correlativa, conforme e conte-

stuale alla stessa dettatura. Per lo contrario nel testamento mistico allorchè il testatore comparisce avanti al notaio ed ai testimoni, la sua volontà è già consegnata allo scritto, e può talvolta avervela consegnata in una forma per se stessa degna di fede legale, e ciò allorchè la cedola testamentaria è scritta, sottoscritta, e datata dal testatore medesimo, come nell' art. 979, nel quale il testatore propriamente presenta un completo testamento olografo.

Questa osservazione conduce ad una importante conseguenza, e questa si è che nel testamento mistico l' identità della volontà del testatore viene dal notaio e dai testimoni attestata non direttamente e per fede propria come nel testamento solenne, ma viene solamente comprovata indirettamente, ed estrinsecamente. A parlare con esattezza, nel testamento mistico viene piuttosto comprovata rigorosamente l' identità della cedola testamentaria, che l' identità della volontà diretta del testatore. Questa identità di volontà viene comprovata presuntivamente, e per equivalenza dietro la dichiarazione che fa il testatore presentando una data carta, in cui egli esprime contenersi la sua volontà, e non dietro la cognizione del contenuto che ne possono aver il notaio ed i testimoni.

Anzi questa cognizione intrinseca viene per la natura dell' atto esclusa, perchè il testamento è secreto, e non viene palesato il suo contenuto al notaio ed ai testimoni, ma all' opposto viene occultato, o colla antecedente suggellazione della cedola, o colla suggellazione fatta in loro presenza, prima dell' atto di soprascrizione.

Esprimendo pertanto lo spirito della testificazione del notaio e dei testimoni nel testamento mistico essa si riduce alla formola « Noi attestiamo che la carta qui entro chiusa si è quella stessa che il testatore ci ha detto contenere la sua volontà ». Questa osservazione è così vera, che potrebbe accadere che la cedola contenesse tutt' altro che un testamento, senzachè nè il notaio, nè i testimoni avessero mentito; lochè prova che essi altro non possono comprovare se

non che l'identità d'una carta, che il tal cittadino disse contenere il suo testamento.

Affinchè poi non nascesse il pericolo che questa testificazione potesse cadere su d'una carta *diversa* da quella che fu presentata dal testatore come contenente la sua volontà, la legge volle che fosse chiusa e suggellata, e che la circostanza della chiusura e della suggellazione constasse al notaio ed ai testimoni. Questa cautela era importantissima affine di prevenire ogni sostituzione di altra cedola nell'intervallo che passa fra la celebrazione e l'apertura. Ma ad assicurare viepiù la cosa, sulla sopra carta si volle la firma dei testimoni.

Questa sottoscrizione estesa o sul foglio medesimo in cui fu redatta la cedola stessa, ovvero su quel foglio stesso in cui fu involta e suggellata nell'atto della presentazione, per la sua semplice effettività, assicura che l'involto contiene quella tal carta che fu presentata dal testatore. Dall'*identità* certa dell'involto, si assicura l'identità della cedola, ogni volta che consti che nell'involto non si abbia potuto sostituire altra cedola. L'unità intatta del foglio, la fermezza, e l'integrità del suggello al tempo dell'apertura, fanno fede di questa identità. Se sull'involto non cadesse l'attestazione, non vi sarebbe più la prova reale di questa identità. In breve, l'identità dell'involto connessa colle firme dei testimoni e del notaio, e col suggello integro identico a quello che fu apposto, prova l'esclusione di ogni scambio di cedola, e quindi l'*identità della cedola* medesima che forma lo scopo diretto e proprio delle formalità estrinseche, o comprovanti del testamento mistico.

Per lo che in ultima analisi si può concludere che l'*identità* della *volontà* interna del testatore colla carta o cedola, risulta legalmente dalla dichiarazione fatta dal testatore al notaio ed ai testimoni, che in quella tal carta sta espressa la sua volontà; l'*identità* poi di quella tal *carta*, nell'atto dell'apertura, con quella che fu realmente presentata dal testatore, risulta in prima origine dalla presentazione e dichiarazione del testatore, e dalla chiusa e suggellazione

senza scambio della medesima, e in seguito dalla integrità del suggello apposto, e delle firme e testificazioni del notaio e dei testimoni, fatta in modo che escluda il sospetto di qualunque sostituzione di altra carta diversa da quella che fu realmente presentata ai testimoni ed al notaio medesimo.

Questa doppia identità forma l'oggetto dell'atto di soprascrizione, il quale propriamente altro non è che un processo verbale; ossia una narrazione in iscritto del notaio, assicurata sì da lui che dai testimoni della esecuzione di tutte le particolarità sopra contemplate, valevoli ad assicurare l'identità della cedola testamentaria.

E siccome non potrebbe constare di tutte le circostanze suddette, se tutte non fossero narrate, così l'atto di soprascrizione sarebbe imperfetto, e quindi non comprovante tutti gli estremi della identità stessa, se non contenesse la specifica menzione di tutte le antidette particolarità.

È vero che la legge altro non esprime se non che il notaio formerà l'atto di soprascrizione, senza aggiungere espressamente ed esplicitamente che quest'atto debba contenere l'espressa menzione delle funzioni ingiunte dalla legge per la formazione del testamento mistico; ma con tutto ciò è necessario intendere che la legge quando ordinò che si formasse l'atto di soprascrizione, essa abbia ordinato una completa menzione in iscritto delle formalità tutte prescritte dal codice medesimo, talchè l'omissione non della forma medesima, ma della menzione importi la nullità (1).

Una particolare osservazione occorre di fare sulla forma della chiusa e suggellazione. Nel testamento mistico la prova dell'identità della cedola non si restringe solamente al momento in cui si celebra l'atto, ma si estende per tutto quel tempo che decorre dalla celebrazione del testamento mistico fino alla di lui apertura. Dunque la legge doveva prendere quelle cautele che riuscissero le più opportune a prevenire, nell'intervallo fra la celebrazione del testamento mistico e

(1) Vedi pag. 67, e 509 del tomo 5 del Giornale di Giurisprudenza colle relative decisioni.

la di lui apertura, il pericolo della sostituzione di una cedola diversa da quella che fu realmente presentata. Si dirà che per questo intento giova la sottoscrizione del testatore alla cedola medesima. Io rispondo che ciò giovar potrebbe nel supposto che un testatore non facesse che un solo testamento mistico; ma costando che ne può fare parecchi e rivocare gli antecedenti (come l'esperienza tuttodì lo comprova), così se questa ragione sarebbe concludente per impedire la sostituzione di un'altra cedola non sottoscritta dal testatore, non sarebbe concludente per escludere la sostituzione di un testamento anteriore sottoscritto dal testatore, e rivocato da un posteriore testamento, a cui fu apposto il nuovo atto di soprascrizione. Ciò tanto più si conferma dal riflettere che la data del testamento mistico non si deduce dalla data della cedola, ma bensì da quella dell'atto di soprascrizione, talchè se la cedola portasse una data mancante, o anche fosse priva di data, ciò non importerebbe la nullità, come fu di già osservato nel caso del testamento Triboullon deciso dalla corte di cassazione dell'impero il 14 maggio 1809 (1).

È dunque manifesto che se il testamento non fosse chiuso di maniera onde prevenire ogni sostituzione di una cedola diversa, o non facesse scoprire e legittimamente sospettare della sostituzione stessa quando fosse praticata, la legge non avrebbe provveduto abbastanza coll'ordinare le forme transitorie dell'atto di presentazione. Con questa mira le legge ordinò che la carta o cedola fosse chiusa e *sigillata*, come prescrive l'art. 976.

(1) Ved. in seguito a pag. 261. Io credo ciò non ostante che per prevenire la sostituzione di un testamento rivocato ad un testamento posteriore sarebbe utile la cautela o di segnare nella cedola la data del giorno, mese ed anno per esteso, e di far menzione nell'atto di soprascrizione di questa data precisa apposta alla cedola medesima, a cui si annette la soprascrizione, o almeno di far dichiarare al testatore se questo testamento sia unico; e nel caso che dichiari non essere unico, che esso è rivocatorio di altro anteriore o anteriori celebrati sotto il dato giorno, mese ed anno, facendone menzione nell'atto di soprascrizione.

Ma se il testamento fosse stato chiuso con una cialda (volgarmente detta bollino o obbiadino), o con pasta glutine, o con cera qualunque, *senza impronto* di suggello, si potrebbe forse riputare chiuso, e suggellato secondo il disposto della legge? Si potrebbe forse in mancanza di impronto di un suggello, riteuere la chiusa e suggellazione fatta come valida, ovvero il testamento si dovrebbe riputare come nullo? Questa questione, che veramente versa su l'interpretazione dell'art. 976, fu decisa negativamente nel giorno 7 agosto 1810 dalla corte di cassazione dell'impero (1).

« Quanto alla formalità di chiudere il testamento con un suggello (obbiettavano i sostenitori della validità del testamento Buvet), non solamente questa non è stata prescritta dalla legge, ma eziandio l'adempimento non riesce d'alcuna utilità a meno che non si cambi la legislazione sui testamenti mistici. Quantunque l'art. 976 del codice esiga che il testamento sia chiuso e *suggellato*, sarebbe non pertanto abusare del vero senso di questa espressione se si pretendesse che il testatore dovesse sotto pena di nullità fare uso di un suggello portante un impronto particolare. Si fa uso della parola suggellare non solamente quando si mette un suggello su una materia qualunque, ma eziandio ogni qualvolta si connettono due corpi insieme in maniera che essi non possano essere separati senza frazione, così dicesi suggellare in piombo, in mastice, ed in gesso, ed è in questo senso che parla il codice Napoleone, quando dice che il proprietario si ritiene avere annesso al suo fondo degli effetti mobiliari a perpetuità, quando essi sono attaccati con gesso ».

« D'altronde, e perchè mai richiedere che il testamento sia chiuso con un suggello? Senza dubbio, ad effetto di prevenire le frodi che si potrebbero commettere; ma se non si può costringere il testatore a servirsi di un suggello particolare, e se il notaio non è tenuto a fare processo verbale della qualità dei suggelli in presenza del testatore, e dei

(1) Ved. pag. 66 e 67 del tomo IV. del Giornale di Giurisprudenza.

testimonj, qual conto dovrassi mai fare d'una formalità che potrà eseguirsi da colui che il primo avrà nelle mani il testamento? Allorchè la legge ha pronunciato la nullità d'un atto, non conviene che un terzo possa rendere senza effetto una tale disposizione. Ciò accaderebbe qualora fosse in arbitrio sia del notaio, sia di tutt'altra persona d'imprimere un suggello sopra d'un testamento, sul quale questa formalità non fosse stata adempiuta. Le leggi romane potevano esigere che i testatori apponessero i loro suggelli sui testamenti a motivo che i Romani solevano portar seco i suggelli. Ma quest'uso non fu giammai adottato in Francia, come attesta Furgole, trattato de' testamenti, capitolo 2. « Basta, dice quest'autore, che chiudendo la carta, o coprendola d'un involto, si prendano le precauzioni richieste, ed usitate ad effetto che non si possa *sostituire* un altro scritto in iscambio di quello che contiene la vera volontà del testatore ». Ciò non pertanto la legge voleva allora, come in oggi, che il testamento fosse chiuso e suggellato; d'onde deesi conchiudere che la volontà del testatore sia adempiuta ogni qualvolta il testamento sia chiuso in maniera che non possa venire aperto senza lacerare l'involto ».

Malgrado di queste ragioni fu deciso in senso contrario, e fu dalla corte suprema riconosciuto, che la forma voluta dal codice Napoleone non fu osservata *con una semplice chiusura senza apposizione d' impronto, o suggello* (1). Così fu dichiarata espressamente l'intelligenza del testo della legge per ciò che riguarda la suggellazione, e si rileva che per costituire la suggellazione voluta dalla legge, si ricerca non solamente che la carta venga chiusa con pasta, o con cera, ma che su questa pasta, o su questa cera sia impresso l'impronto d'un suggello, e che di tutto ciò si faccia espressa menzione.

Dopo l'esecuzione di questa formalità succede il processo verbale, ossia la dichiarazione che fa il notaio su il testa-

(1) Vedi la pag. 67 del tomo IV. del Giornale di Giurisprudenza.

mento chiuso o suggellato. Qui nasce una questione. In questo processo verbale interviene la sottoscrizione dei testimoni. Si domanda se la disposizione dell' articolo 974 del codice Napoleone, il quale dichiara che nelle campagne basterà che il testamento sia sottoscritto da minor numero di testimoni, di quello che fa d' uopo nella città, si possa estendere ai testamenti mistici?

A questa domanda, pure di ragione interpretativa, fu concordemente risposto *negativamente* da ripetute decisioni di più corti di appello dell' impero francese, confermate finalmente da una decisione del 20 luglio 1809 della corte di cassazione. Da esse risulta che la disposizione del citato articolo 974 è totalmente relativa al testamento per atto pubblico, di cui si parla nell' art. 971, e però l' art. 974 non si può per analogia applicare al testamento mistico, ma che per lo contrario in questa specie di testamenti è necessario l' intervento di sei testimoni, come prescrive l'art. 976, ed è pur necessario che tutti si sottoscrivano, come dispone il detto articolo, sotto pena di nullità (1).

Si dirà forse perciò che le forme dei testamenti siano in generale così incomunicabili fra una specie e l' altra, talchè per esempio il testamento mistico se non vale sotto di questa forma, non possa valere come testamento olografo? Questa conseguenza non sarebbe esatta tutte le volte che nel testamento mistico si verificassero tutte le forme volute dal testamento olografo. Ora esaminando l' art. 976, prescrivente

(1) Veggasi la decisione della corte di appello di Liegi del 29 maggio 1806 nella causa fra gli eredi e i legatari Kepper-Sugermano (Sirey tom. 6 part. II. pag. 173).

La decisione della stessa corte del 29 maggio 1808 fra Ottofroctzheim contro Kupper (Sirey tom. IX. part. II. pag. 245.)

La decisione della corte di appello di Bordeaux del 12 aprile 1807 fra Durand Dureclus e sua moglie contro Brochart-Puyolly (Sirey tom. VIII. part. II. pag. 158). E finalmente la decisione della corte di cassazione del 26 Luglio 1809 in questa medesima causa confermante la decisione antecedente della predetta corte di Bordeaux (Sirey tom. IX. part. I. pag. 370).

le forme del testamento mistico, noi troviamo che talvolta può essere fatto in modo da contenere tutte le formalità del testamento olografo. « Quando un testatore (ivi si dice) vorrà fare un testamento mistico o secreto, dovrà sottoscrivere le sue disposizioni tanto se siano scritte da se stesso, quanto se le abbia fatte scrivere da un altro ». Qui dunque si suppone il caso di una cedola testamentaria scritta per intiero dal testatore, che devesi sottoscrivere da lui. Se aggiungete la data pure apposta di carattere del testatore, qual condizione mancherà affinchè la cedola non sia un testamento olografo? Leggasi l'art. 970, e si rimarrà convinti di questa perfetta identità.

Se dunque a questa cedola si aggiunga un atto di soprascrizione per avventura irregolare, nulla osta che se l'atto non può valere come testamento mistico non valga come testamento olografo, qualunque sia stata l'intenzione del testatore nel rivestirlo delle forme proprie del testamento mistico. La forza testificativa della forma usata è indipendente dalla volontà di chi l'impiegò: essa di sua natura fa fede della verità dell'atto per ministero solo della legge, la quale scegliendo la forma olografa ebbe in mira la forza testificativa di questo mezzo, avuto riguardo alla natura delle cose, indipendentemente, ed anteriormente dalla volontà dei particolari, in potere dei quali non istà il fissare la credibilità di un dato mezzo di prova, come non istà in potere dello stesso legislatore che lo trascelse onde far fede della verità, ossia dell'identità della volontà del testatore, con quella che viene espressa dall'atto medesimo.

In appoggio di questa ragione si può consultare una decisione della corte di appello di Venezia del giorno 7 aprile 1809, ed un' altra della corte d'appello dell' impero francese di Aix del 18 gennaio 1808.

Lo stesso deve aver luogo nel caso contemplato dall'articolo 979, nel quale si figura che un testatore non possa parlare, ma possa scrivere. Ivi la legge avendo imposto la condizione « che il testamento sia intieramente scritto, datato, e sottoscritto di propria mano e carattere del testatore,

ed avendo con ciò ordinate tutte le forme prescritte nell'articolo 970, per il testamento olografo, ne viene che se per qualche irregolarità nell'atto di soprascrizione, questo testamento non potesse valere come testamento mistico, valer dovrebbe come testamento olografo. In verità si può dire allora che la questione riducesi ad una disputa di parole, perchè un testamento di questa natura è precisamente un testamento olografo, vestito sovrabbondantemente colle divise di testamento mistico. E siccome in materia di forme la sovrabbondanza non vizia, ma riconferma l'atto, così nel caso nostro tolta la sovrabbondanza, rimane il necessario.

Dalle cose esposte sin qui, risulta che tutto il sistema delle forme ordinate per il testamento mistico tende essenzialmente a far fede della *identità* della espressione del documento colla volontà manifestata dal testatore. L'identità immediata fra l'intenzione del testatore e il contenuto nel documento è attestata dalla cedola ossia dallo stesso autore del testamento, che scrive, sottoscrive, o approva, dopo la lettura propria dello scritto dettato ad altri, il contenuto stesso. L'identità poi della cedola presentata al notaio con quella che fu estesa dal testatore viene comprovata dalla di lui effettiva presentazione della cedola stessa, e dichiarazione al notaio, ed ai testimoni. L'identità finalmente di questa cedola con quella che si riscontra nell'atto dell'apertura viene comprovata da tutti i mezzi che nel momento dell'apertura comprovano che la cedola, che allora si apre, *è quella stessa* che fu presentata chiusa, consegnata e soprascritta dal notaio, dal testatore, e dai testimoni, lochè risulta dalla *integrità* della carta, e dei suggelli apposti, non che dal riscontro delle indicazioni espresse nel processo verbale di soprascrizione colle cose e circostanze contenute nel documento.

Questa catena, in cui ogni identità si risolve in un'altra per finire in un sol punto, risulta dall'osservanza di formalità parte *transitorie* o fuggitive, e parte *permanenti*. Così l'atto della *presentazione* e delle *dichiarazioni verbali* fatte dal testatore sono cose transitorie: lo scritto poi sia nella

cedola, sia nella carta esterna fatta dal notaio, dal testatore e dai testimoni, ed inoltre la esistenza della chiusura dei suggelli intatti ec. sono cose *permanenti*. Dico l' *esistenza* della chiusura, e *dei suggelli intatti*, piuttosto che esprimere la *contestività dell'atto* della chiusura, e dall' *apposizione dei suggelli*. Rifereudoci noi colla mente al tempo dell'apertura del testamento, il vederlo allora chiuso e ben suggellato, prova bensì che questa chiusura fatta con suggelli esiste, e che questa funzione fu fatta in un tempo anteriore all' apertura; ma non prova concludentemente che essa sia stata fatta *contestivamente* all' atto della presentazione, e dichiarazione, e prima dell' atto di soprascrizione. Ora da questo modo preciso, risultando l' identità della cedola chiusa: e questo *modo*, o contestività essendo cosa *transitoria*, risulta che nel testamento mistico le forme *transitorie* sono tre, cioè:

1.° La *contestività* o la *coesistenza* della chiusura della suggellazione, e della consegna al notaio.

2.° L' atto di *presentazione* al notaio ed a sei testimoni.

3.° La *dichiarazione* del testatore che il contenuto in quella carta è il suo testamento.

Il tutto prima dell' atto di soprascrizione.

Le forme poi transitorie rendonsi in qualche maniera permanenti mediante la *menzione* che far si deve della loro esecuzione nel processo verbale, ossia nell' atto di soprascrizione scritto dal notaio, e sottoscritto dai testimoni, talchè in fine tutto è reso permanente, e perpetuo.

Questa distinzione per altro fra le forme permanenti, e le transitorie, è infinitamente importante per la questione del giudizio provvisorio o definitivo, irrevocabile della nullità o validità dell' atto, come sopra si è veduto, perocchè nel caso della inosservanza di una forma per se permanente, il giudizio è irrevocabile, e la nullità è irrimediabile, dovecchè nel caso della mancanza di menzione, ma non di omissione di una forma transitoria, pare (in linea almeno di ragione) che il giudizio di nullità non debba essere irrevocabile, e quindi che la nullità si possa sanare.

OSSERVAZIONI PRELIMINARI

SULLA PENA DI NULLITA' E SULLA SUA APPLICAZIONE.

Il secondo oggetto preliminare e fondamentale di tutta la materia dei testamenti, si è l'ispezione riguardante l'applicazione della pena di nullità. Hannovi certi principj generali suggeriti dalla ragione, ed avvalorati dall'autorità, coi quali viene sicuramente regolata questa applicazione. Qui li richiamerò brevemente, onde servir di norma primaria in tutte le questioni relative alle formalità estrinseche dei testamenti, riserbandoci di addurne le speciali applicazioni ai diversi casi che si presenteranno.

La parola *nullità* in argomenti legali presenta alla mente altre idee sottacinte. Per se iuvolge il supposto della esistenza di un dato fatto, in quanto si considera *inefficace* a produrne un dato effetto di diritto. Questa *inefficacia* appunto viene disegnata col nome di *nullità*, perocchè dire atto nullo, egli è lo stesso che dire un atto non produttivo di un dato effetto legale. E siccome sta in potere della legge o come famulativa della natura, o come operante per propria autorità il dare o togliere questo effetto, così ne viene che un atto sarà bensì esistente, ma non sarà legale, ossia operativo dell'effetto della legge.

Tre cose considerar si possono in ogni atto considerato ne' suoi rapporti legali;

1.° I requisiti, ossia le formalità essenzialmente costitutive dell'atto;

2.° Le forme che tendono ad assicurarne la costituzione;

3.° Finalmente le forme che tendono a farne piena fede. Le prime dir si possono *intrinseche* ed essenziali. Le seconde *estrinseche* ed accidentali.

Delle formalità intrinseche e delle nullità radicali.

Le prime nascono dalla natura stessa della cosa, ossia dagli attributi essenziali di quell'ente morale che chiamasi atto, il quale sostanzialmente non è che un dato fatto dell'uomo morale, il quale fatto si considera composto da certe circostanze anteriori a qualunque altra considerazione.

Considerato l'atto in questa prima parte, due cose si distinguono nella di lui creazione, la prima cioè l'affezione di tutte le *parti* essenziali dell'atto medesimo, fatta astrazione dalla qualità o potenza delle persone che lo celebrano. La seconda si è lo *stato morale* o legale delle persone che concorrer debbono a costituirlo. Così per esempio a costituire una vendita è così necessario il concorso della cosa, del consenso e del prezzo, che mancandone una sola non si ha più un atto di vendita, come mancando un solo dei lati del triangolo non si ha più un triangolo. Queste condizioni sono indipendenti dallo stato e dalla qualità delle persone, che contraggono una vendita.

Ma supponendo anche quest'atto in se medesimo *completo*, ossia vestito dei caratteri suoi costitutivi d'una vendita in genere, può ciò non ostante essere fatto con errore, con dolo e con violenza. Può inoltre essere fatto da un fanciullo, da un imbecille o da altra persona non avente moralità. Qui la ragione e la legge non possono riguardare quest'atto come *operativo di diritto*, poichè in tutte le transazioni della vita sociale essa presuppone sempre la primaria condizione che tutti gli atti vengono fatti con *intelligenza e libertà*, che sono appunto i due costitutivi dell'atto morale, al quale solo la legge e la ragione possono annettere qualche effetto di diritto derivante da una volontà veramente *autrice*.

Queste circostanze relative tanto alle persone, quanto agli atti loro conseguenti, formano l'entità stessa di quelle formalità, le quali si denominano *essenzialmente costitutive* dell'atto. Il simultaneo concorso di esse è necessario onde rendere l'atto valido, ossia operativo di diritto. La man-

canza di qualcheduna di esse costituisce in faccia della legge una *nullità radicale*, lochè significa che l'atto vien riputato dalla legge come assolutamente inefficace a produrre un effetto qualunque di diritto volontario, senzachè vi sia d'uopo di un'ulterior indagine sulle altre formalità assicurative o comprovanti l'esistenza dell'atto medesimo.

Se in un argomento di tanta evidenza abbisognasse qualche autorità, ecco quella del sig. Merlin e della corte di cassazione dell'impero del 13 vendemmiale an. X. « Une « *nullité radicale* est celle qui existe à *l'instant même* ou le « contrat se passe, qui dès lors en effecte la substance; qui « dès lors le detruit jusque dans sa racine; qui dès lors « l'empeche de se former legalement » (1).

« Attendu qu'on ne peut entendre sous la denomination « des *nullités radicales* que celle qui donne lieu de sup- « poser qu'il n'y à point eu de contrat entre les parties telles « que l'erreur, le dol, la violence, l'incapacité des par- « ties ou autres semblables, mais non un defaut d'execution « de la part de l'une d'entre elles, des obligations, qu'elles « auraient contractés » (2)

A qualificare questa specie di nullità, e quindi a pronunciare il conseguente effetto, non vi ha bisogno di una speciale ed espressa sanzione del legislatore, ma in tutti i tempi fu riconosciuto, che, data la costituzione e data pure la capacità richiesta nell'uomo a costituire un dato atto, egli riesce *ipso jure* nullo, quando manchi di un suo principale e costitutivo requisito, ovvero manchino nell'uomo le principali condizioni atte a produrre l'atto morale (3).

Le altre due classi di formalità versano sulle condizioni assicurative e testificative della costituzione dell'atto ne'suoi rapporti alla legale sua esistenza. Qui entra il *solo* impero

(1) MERLIN *question de droit tom.* 8 *pag.* 81.
(2) MERLIN *question de droit tom.* 8 *pag.* 87.
(3) Tutti gli scrittori sono d'accordo in questa conclusione. Veggasi fra gli antichi VANTIUS *de nullitatibus* sotto il tit. *quod et quib. modis nullitas in judicio proponi possit.* N.° 52 colla folla degli scrittori citati.

della legge, tanto per istabilire le rispettive forme, avuto riguardo al pubblico e privato interesse, quanto per pronunciare la rispettiva validità o nullità.

Considerando la natura intrinseca delle formalità costitutive dell' atto legale, noi veggiamo che l' atto conformato deve per se stesso essere operativo di diritto, quando esso racchiude le debite condizioni tanto per la sua entità, quanto per la capacità delle persone che lo praticarono. Dunque la di lui legale efficacia è anteriore ed indipendente dalle altre forme assicurative e testificative. Dunque in linea di ragion naturale esso può esistere, ed essere efficace senza di queste subalterne ed accidentali formalità che sopra appellammo estrinseche. Di più lice osservare che tale esistenza ed efficacia è così *indipendente* dalle instituzioni e dalle leggi positive, che il ministero della legge non è per esse che puramente famulativo, e non costitutivo, tanto se si consideri la legge avuto riguardo alla sua forza costituente, quanto se si consideri riguardo al suo ufficio nello stabilire le formalità estrinseche. Io mi spiego. Il legislatore riguardo a queste forme non esercita propriamente un atto di creazione, ma per lo contrario, servendo ai rapporti necessarj e naturali delle cose, egli presuppone che la qualità di esse sia indotta per autorità della sola natura, non rimanendo a lui altro ufficio, che quello di interprete della istessa natura, di promulgatore delle di lei volontà, e di ministro, dirò così, che riveste le leggi stesse naturali colla positiva sanzione della civile società.

Ciò è così vero, quanto è vero che le qualità costituenti l' atto ossia le forme intrinseche dell' atto hanno potuto esistere, ed hanno esistito di fatto prima delle civili società dirette da forme regolari di governo. Così la storia ci attesta, che nei tempi ne' quali vigeva il solo governo patriarcale, si stipulavano patti, e si facevano testamenti, senzachè fosse introdotta nemmen l' arte di scrivere, e senzachè vi intervenissero testimoni. Eppure tutti gli espositori della ragion filosofica degli atti volontarj ci insegnano, che tali convenzioni per naturale diritto erano obbligatorie, semprechè

vi concorressero i requisiti summenzionati relativi tanto alla natura dell' atto, quanto alla capacità, ossia moralità delle persone che li celebrarono. All' opposto mancando tali requisiti, si pronunciò sempre che l'atto fosse nullo senza l'intervento di altra legge positiva, ma per solo ministero delle leggi della natura. Questa distinzione non fu cancellata nemmeno sotto l' impero di leggi positive, avvegnachè anche sotto al medesimo rispettar si debbano per autorità della sola morale quei vincoli che in faccia alla sola natura sono proclamati come inviolabili. Non posso quindi convenire con alcuni maestri della morale religiosa, che tendono a snaturare la purità di questi principj, i quali saranno sempre rispettabili per ogni uomo, la di cui probità non sia solamente regolata dal timore e dalla forza dei littori.

Ho detto in secondo luogo che la legge positiva riguardata nel suo *ufficio* di stabilire le formalità estrinseche conferma il principio che la validità o invalidità intrinseca dell' atto è sempre *presupposta* da lei, e riguardata come opera della sola natura. A che difatti tendono le formalità estrinseche ordinate dal legislatore? Forse a derogare in qualche parte alle leggi naturali che costituiscono le parti essenziali dell' atto? Forse a dispensare dalla esecuzione di qualche sua particolarità, e quindi a renderlo sussistente per umana autorità, quando fosse nullo per autorità della natura? No certamente. Tutte le cure di ogni legge ragionevole nell' ordinare le formalità estrinseche ebbero sempre, ed hanno per solo oggetto di ordinare tutti i *mezzi idonei*, onde assicurare unicamente l'adempimento di queste formalità intrinseche. È dunque manifesto che l' ufficio del legislatore è unicamente *subalterno*, e famulativo a quello della primaria costituzione naturale dell' atto; e che ben lungi di volerne togliere, o affievolire parte veruna, la legge intende di conservarle tutte, e di assicurarne la dovuta esecuzione. Sia dunque ritenuta la massima che la esistenza, l'efficacia, gli effetti delle forme intrinseche essenzialmente costitutive dell' atto, sono in linea di ragion naturale *anteriori*, *indipendenti*, ed *operative per se stesse*, nè per istabilirne la

validità o nullità vi ha d'uopo dell'espressa sanzione della legge positiva. Util cosa è per altro che la legge ne esprima i caratteri formali, onde togliere alle private passioni ed all'ignoranza dei governati ogni possibile adito a disputare ed a defraudare ingiustamente altrui de' suoi competenti diritti. Dal che risulta la necessità di buone definizioni legislative, e di buone regole generali su di questo proposito.

Delle formalità estrinseche e delle nullità accessorie.

Ma dopo di queste osservazioni è pur manifesto che le formalità estrinseche, essendo puramente accidentali, separate ed indipendenti dall' atto considerato in se medesimo, ed avendo pur anche la sostanza dell'atto esistito in una maniera indipendente, come ne fa fede la storia tutta dell'infanzia delle società, è, dissi, manifesto che siffatte estrinseche formalità, sia in linea di fatto, sia in linea di ragione, furono introdotte, ed hanno tutta la loro forza *pel solo ministero* delle umane istituzioni, vale a dire per sola autorità delle leggi positive. A ciò si aggiunge che potendo esse essere tanto varie, quanto varj sono i mezzi onde assicurare e far fede di un atto legale eseguito; e questi mezzi variando anche a norma del diverso incivilimento delle politiche società, non potevano le formalità estrinseche essere nella loro specialità indotte per fatto della natura: e però conveniva sempre ricorrere alla sola volontà della legge positiva. Se in linea di ragion naturale si avesse voluto considerare la necessità delle forme assicurative e testificative in vista della mala fede, o dell'ignoranza degli umani individui, altro non si avrebbe potuto pronunciare se non che *essere necessarie* tali forme estrinseche, senza poterne determinare veruna in particolare, lasciandone così la scelta ed il sistema all'impero delle particolari circostanze di fatto di ogni popolo, avuto specialmente riguardo ai periodi diversi del suo incivilimento, attesochè è manifesto che in un popolo per esempio ignaro dell'arte di scrivere non avrebbero potuto aver luogo le formalità volute dal codice Napoleone,

conformato intieramente secondo le circostanze d'una nazione estremamente incivilita.

In vista di queste considerazioni, ne emerge il grande ed importante principio, che la costituzione e l'uso delle formalità estrinseche di qualunque atto legale, dipende intieramente dalla *sola volontà* della legge positiva, nè può essere da verun privato, o magistrato in ciò alterata la legge, nè aggiungendo, nè togliendo, nè interpretando, ad oggetto di dare alle medesime una forza o diversa, o maggiore, o minore di quella che alle formalità medesime piacque al legislatore di attribuire.

E siccome su di questo oggetto appunto possono e sogliono cadere tutte le funzioni o legali, o illegali delle parti interessate e dei tribunali giudicanti, così è forza di entrare in più minute spiegazioni valevoli a dirigere rettamente l'amministrazione della giustizia.

Posto il principio che l'introduzione, la forza, e l'uso di una formalità estrinseca sono tutte cose di pura ragion *positiva*, cioè unicamente dipendente dall'autorità del legislatore, perciò stesso si afferma che l'osservanza di queste estrinseche formalità, e di ognuna di esse riguardar si deve come un'obbligazione di ragion puramente positiva; e per conseguenza ogni effetto dipendente dall'osservanza o inòsservanza determinar si deve unicamente in vista della volontà spiegata dalla legge.

Allorchè pertanto si disputa della nullità dell'atto, in conseguenza dell'inosservanza di alcune di queste formalità, altro criterio esser non vi può che il testo espresso della legge Dunque per comprendere se un atto sia nullo per inadempimento di una estrinseca formalità, egli è necessario: 1.° di vedere se esista la legge che ne prescrive l'osservanza, 2.° se la stessa legge pronunciò la pena di nullità in caso d'inadempimento, 3.° se in fatto, ossia nell'atto concreto, si verifichi l'accusata inosservanza.

Quest'ultima ispezione esige due condizioni. La prima consiste nel conoscere l'identità precisa del caso accaduto in fatto col caso ipoteticamente contemplato dalla legge,

La seconda consiste in un paragone semplicemente intuitivo fra il testo della legge e le circostanze dell' atto praticato. Tutto ciò, come ognun vede, non importa raziocinio alcuno, nè altra penosa indagine, specialmente quando le verificazioni di fatto, ossia l'esame del medesimo, non può sortire dai termini del documento esprimente l'atto medesimo.

Ritenuti questi principj tanto nello studio della legge, quanto nell'applicazione della medesima in tutti gli affari pratici, ecco le ulteriori conseguenze che si presentano.

Postochè le formalità estrinseche sono di diritto puramente positivo, e totalmente dipendenti dalla volontà del legislatore, come si è provato di sopra, egli ne viene che la loro osservanza è di stretto rigore, ed è pure di stretto rigore la loro dispensa in tutti gli oggetti, ed in tutti li casi ai quali esse non furono estese dalla legge. Altrimenti ne verrebbe l'assurdo che in una materia, nella quale dalla sola volontà del legislatore esclusivamente dipende il diritto di statuire, potrebbe un'autorità inferiore pure statuire in onta del diritto correlativo di libertà e di validità accordato dalla legge all' adempimento di una forma diversa o alla di lei omissione, ed il giudice, fatto superiore del legislatore, spoglierebbe per sola propria autorità il privato di un diritto acquistato per autorità della legge.

La sottigliezza delle passioni potrebbe obbiettare che non si incorre in questo inconveniente, allorchè prendendo per norma la legge, si procedesse per via di *induzione*, estendendo la legge da caso a caso, e come nelle materie di mio e tuo, nelle quali il giudice, esercitando la funzione d'arbitro legale (art. 4 del cod. Nap.), nell'oscurità e nella mancanza della legge deve ciò non ostante definire una questione. Contro di questa obbiezione è facile rispondere, domandando che cosa è veramente estendere in materia di nullità estrinseche la legge da caso a caso? Egli è lo stesso che stabilire la nullità per un caso, al quale la legge non l'aveva espressamente annessa, egli è lo stesso che restringere quella libertà nel cittadino che la legge gli accorda per celebrare un atto in una più che in un' altra maniera,

ed acquistare quindi e trasmettere sotto la protezione della legge medesima un diritto. Egli è lo stesso che spogliare il cittadino per sola volontà del giudice di un diritto che la legge gli attribuì, e che niuna autorità, dalla legge in fuori, può togliergli. Il magistrato dunque o il giudice che in materia di nullità estende la legge da caso a caso, esercita veramente un potere usurpativo, nullo e degno di censura, in una parola egli commette un vero eccesso di potere.

Nè qui vale la parità dell'autorità del giudice nelle altre materie di equità, come di *mio* e *tuo*; perchè in queste esiste nella legge stessa un principio generale legislativo anteriormente determinato dal diritto naturale, di cui il positivo non è che una dichiarazione mediante il quale si dirigono i particolari giudicati, all'opposto tale principio non esiste in materia di formalità estrinseche, e quindi di nullità, per ciò stesso che la costituzione, l'uso e l'effetto di tali formalità è cosa totalmente positiva, ed esclusivamente dipendente dall'autorità sola del legislatore, come sopra fu dimostrato. Dunque in materia di forme estrinseche per un caso non contemplato dalla legge, non può esistere altro principio regolatore e suppletorio, come nelle materie di equità. E per conseguenza l'autorità del giudice, essendo senza appoggio, e priva di un principio fecondo di conseguenze non espresse dalla legge, si risolve in un mero arbitrio risultante dalla di lui particolar maniera di vedere le cose.

Ciò vieppiù si conferma osservando che il principio di cui parliamo per istabilire una nullità, altro essere non potrebbe che la forma stessa particolare pretesa dal giudice, la preesistenza della quale deve logicamente presupporsi onde stabilire codesta nullità; ma così è, in forza dei principj suddimostrati, che questa preesistenza non può essere stabilita che per espressa volontà del legislatore medesimo; dunque è manifesto che il secondo caso non contemplato dal legislatore, al quale il giudice estender vuole la nullità, deve essere scritto nella legge medesima, e vi deve pur essere annessa la pena di nullità, ossia l'inefficacia dell'atto

a produrre un diritto, e quindi per un circolo necessario si ritorna a conchiudere che nell'ipotesi di un altro caso non contemplato dal legislatore, applicare la nullità, egli è lo stesso che commettere un eccesso di potere.

Non basta che una forma sia stabilita perchè la sua violazione porti la pena di nullità, come non basta che la legge comandi una cosa, perchè la disubbidienza porti un castigo; ma si esige che la pena sia positivamente annessa alla violazione, e per ciò stesso che la nullità sia stata espressamente annessa alla violazione della forma voluta dalla legge. Tutti i regolamenti sono ripieni di casi, nei quali la violazione non porta la pena della nullità di atto; ma bensì la censura o la multa sola di chi la commise, e in ciò si verifica l'antico proverbio legale, che *multa facta tenent quæ tamen fieri prohibentur.*

L'irrogare la pena di nullità per inosservanza di forme estrinseche come qualunque altra pena, è una prerogativa di assoluto diritto pubblico del solo legislatore, a cui solamente in vista di rapporti sociali spettava di stabilire ogni formalità estrinseca, nè può esser mai un attributo dell'autorità giudiziale, le cui competenze si ristringono ad applicare la legge al caso, e non a creare pene per que'casi che il legislatore lasciò esenti da sanzione penale.

Le nuove leggi hanno regolato le loro disposizioni giusta le norme e le massime di ragione fin qui esposte. Esse in ogni caso, nel quale siavi luogo ad un'azione penale, o che a questa si assomigli, qual è l'azione di nullità, non solo non hanno accordata o approvata, ma hanno espressamente proibita l'estensione da caso a caso.

1.° Nei motivi preliminari al codice civile parlando delle cose penali, si dice = *il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action de juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence.*

2.° Nell'art. 2063 del cod. Napoleone riguardante l'arresto personale per causa civile, viene espressamente proibito sotto pena di nullità l'*estendere* ad altri casi, fuori di quelli

espressamente contemplati dalla legge, l'azione penale medesima.

3.° Nell'art. 1030 del codice di procedura civile, in cui si tratta appunto di forme, dicesi espressamente « non potrà *dichiararsi nullo* alcun atto di citazione, *od altro atto* di procedura se la *legge* non ne pronuncia *formalmente* la nullità ».

Questa teoria fu formalmente adottata e professata dai giureconsulti, e specialmente dal sig. Merlin : « Les nullités ne peuvent être établies que par la loi ; la loi seule a le droit de les prononcer ». Repertoire art. nullités §. 1.

« Lorsque ces regles (dice altrove parlando delle for-
« malità estrinseche) ne sont pas établies, les raisons de
« couvenance, les motifs que doivent les créer ne peuvent
« pas en tenir lieu. Le silence de la loi autorise les citoyens
« à ne pas les soumettre à des formes gênantes qui ne sont
« pas commaudées. 2.° Il y a plus encore : lorsqu'une loi
« determinant une forme n'exige pas qu'elle soit remplie
« à peine de nullité, il est permis de se reposer sur cet
« adoucissement de la loi, et d'user d'une liberté qu'elle
« n'a pas voulu introduire d'une manière absolue . . . .
« Quelque salutaire que pourrait être la peine de nullité,
« il y aurait de l'injustice à la prononcer, ce serait ebranler
« les fondemens du repos d'une infinité des familles qui ont
« contracté à l'ombre du silence, ou de la tolleraice de la
« loi. » Merlin, questions de droit V. contrat de mariage
« §. II. tom. III. pag. 65.

La corte di cassazione dell'impero nella sua sezione del 5 gennaio 1810 a sezioni riunite sotto la presidenza del Gran Giudice ha di nuovo consacrato il principio generale
« que la peine de nullité *ne peut jamais être supplée dans*
« *une disposition legislative*, qui en prescrivant des formali-
« tés non esseutiellement constitutives des actes qui doivent
« en être revêtus, n'y a pas expressement ajouté cette
« peine ». Sirey tom. X part. I pag. 359. »

Coerenti a questi principj sono le decisioni particolari

della corte di cassazione tanto dell' impero francese, quanto del regno d'Italia, sul punto della esenzione da ogni nullità per una formalità non espressamente ingiunta dal legislatore.

Delle nullità implicite
in forza di leggi proibitive o *imperative.*

Fino a qui non abbiamo parlato della quistione sulle nullità *implicite*, le quali risultar possono da una legge proibitiva, o per correlazione, da una legge anche semplicemente imperativa. Ognuno si avvede che noi rammentiamo qui un argomento che sempre ha formato oggetto di disputa fra i litiganti, di perplessità fra gli scrittori, e di variazioni apparenti fra i tribunali. Per poco che si rifletta su la cagione di queste incertezze, tosto si rileva che tutto procede dalla maniera, colla quale si riguarda il soggetto della controversia. Pare che si possa mettervi fine mediante una accurata analisi, colla quale si vengano a conciliare tutte le idee, ed a congiungere i più noti e certi principj della materia sopra esposti.

La prima idea che si offre è quella di una legge *proibitiva*. Qual è il concetto che presentare può la denominazione di legge proibitiva? È evidente che il comando di un legislatore ha sempre un oggetto certo. Quest' oggetto altro esser non può che uno o più atti *determinati* delle persone, alle quali egli comunica il suo divieto. In quest' atto due sono le cose che si possono distinguere: la prima *l' entità stessa* dell' atto, fatta astrazione dalla maniera diversa di eseguirlo; la seconda la *maniera stessa*. Il divieto sotto il primo aspetto è assoluto, assorbente e generale, ed esclude qualunque forma sotto la quale l' atto possa essere concepito ed eseguito. Esso colpisce radicalmente la di lui esistenza, la quale ad ogni modo si vuole esclusa dal legislatore. *Voi non farete la tal cosa:* questa formola importa che non si possa fare in qualunque maniera. Quando in onta del superiore divieto si faccia, l' esecuzione importa di sua natura la disap-

provazione della legge, e perciò stesso trae seco la conseguenza che il legislatore non possa annettervi un beneficio a meno che egli stesso non riconosca altrimenti l'atto come sussistente. (1)

Tutto ciò riguarda l'ipotesi che la proibizione della legge sia assoluta e radicale, vale a dire colpisca l'esistenza stessa dell'atto, ed in prevenzione tolga ad ogni modo la facoltà di praticarlo sotto qualunque aspetto. Tale per esempio sarebbe una legge proibitiva d'un'azione che si caratterizza come delitto, o quasi delitto; tali pure tutte le leggi proibitive degli atti contro l'ordine pubblico ed i buoni costumi; tali quelle che vietano il danno altrui, o le ingiurie alle persone senza una giusta necessità.

Sotto il secondo aspetto, qual è quello in cui l'esercizio dell'atto è vietato rispetto ad una e più maniere diverse disapprovate dal legislatore, si presenta tantosto la seguente considerazione. L'atto non è assolutamente proibito, ma solamente quando venga praticato in una data maniera. Dunque perciò stesso vi sono dei casi, ne' quali può essere praticato, e produrre i convenienti effetti di diritto. Tutta l'ispezione pertanto si restringe a questi casi speciali proibiti dal legislatore, e però il suo comando non è illimitatamente operativo come nel primo caso, ma egli è operativo soltanto parzialmente. Ciò posto si ricerca se o l'atto totale, o il *modo* proibito dal legislatore sia in se stesso, e come dicesi *a parte rei*, una di quelle circostanze che concorrono a fabbricare, dirò così, l'atto, e sono costitutive del medesimo, e però tali che senza di esse l'atto non si possa *considerare esistente*, (2) ovvero si domanda se questo modo riguardi

(1) Noi ne abbiamo esempj nelle leggi romane, così dette imperfette, delle quali si parlerà più sotto.

(2) Quantunque una data figura non sia d'essenza di un corpo, pure è essenziale, secondo il nostro modo d'intendere, che un corpo esista sotto *qualcheduna* delle possibili figure. Dunque sebbene la figura si possa riguardare come un *modo* speciale di esistere; essa è tale che il corpo *non può* esistere senza della medesima, ed appartiene ai modi essenziali, per-

soltanto le forme *accessorie* dell'atto medesimo, ossia quelle forme che presuppongono l'atto naturalmeme concepito, come sopra si è discorso, e che vengono come sussidiarie. Nel primo caso egli è evidente che col proibire un requisito costitutivo dell'atto tauto se egli sia costitutivo per ministero della uatura, quanto se lo sia per ministero della legge, si pronuncia la nullità di tutto l'atto, senza che sia necessario che venga espressa dal legislatore, perchè, sarebbe impossibile il figurarlo valido quando una di lui parte essenziale fosse nulla. Ciò involgerebbe una positiva contraddizione. L'unità sebben complessa, ma pure indivisibile dell'atto, risultando dal simultaneo concorso di tutte le sue parti costitutive, e delle circostanze inseparabili, non può veramente esistere se non quando tutte le parti e circostanze esistano, e quindi essere operativo in forza di questa individua unità, se non in quanto esso trae la sua forza dal simultaneo concorso di tutte le sue parti sostanziali e circostanze inseparabili. Posta dunque l'ipotesi che taluna di queste parti sia resa inefficace per ministero della legge, ne viene di necessaria conseguenza che tutto l'atto resta privo di vita, benchè le altre sue parti non siano colpite dal legislatore, a somiglianza del corpo animale, nel quale se una parte vitale venga mortalmente colpita, o resa incapace di azione, le altre tutte, benchè illese, rendonsi incapaci delle funzioni della vita animale.

E siccome sopra fu osservato che nelle condizioni sostanziali dell'atto entrano tanto quelle che formano la sua entità intrinseca, quanto quelle che riguardano la capacità morale delle persone che lo praticano, così questa conclusione ri-

chè appartiene alla *esistenza* in quanto si può verificare in fatto. Applichiamo la parità. Ogni azione dell'uomo in società è palese o occulta. Se dunque viene *vietata* la clandestinità nel celebrar un atto, per esempio, nel celebrar un matrimonio, siccome egli è impossibile il dividere questa qualità dall'atto, così sarà impossibile annettere l'approvazione della legge ad un matrimonio clandestino, e di disgiungerne la disapprovazione.

guarda amendue questi oggetti, le conseguenze dei quali si estendono in tutto il sistema della legislazione. Ben è vero che quanto ai costitutivi dell'atto, il legislatore ministro ed interpetre della sola natura, o a dir meglio delle essenze eterne ed immutabili delle cose, non può avere arbitrj, ma la cosa non è così allorchè si tratta della capacità o incapacità delle persone, e dei modi diversi onde esercitare la loro intelligenza e libertà nelle transazioni della vita sociale. In punto di capacità o incapacità sotto l'impero delle leggi civili, non si prende solamente in mira la naturale moralità degli individui umani, per la quale essi sono considerati come autori imputabili di un dato fatto praticato con intelligenza e libertà, ma si prendono eziandio di mira tutte le capacità di stato civile, per le quali i cittadini godono certi diritti radicali, o facoltà attribuite loro dallo stato sociale, per cui acquistando la qualità di socj, e di cittadini, acquistano pure una somma di diritti, ossia una potenza legale diversa da quella che loro proviene dalla sola natura, e che per conseguenza può essere tolta o modificata dall'autorità della legge. Ciò per esempio accade nella morte civile, che rende appunto un individuo radicalmente incapace di praticare certi atti portanti diritto in faccia del legislatore, e che per conseguenza essendo tali atti da lui esercitati, vengono in forza della sua incapacità a riescire senza effetto, e per conseguenza nulli radicalmente senza che vi sia bisogno che il legislatore pronunci in particolare la nullità; perchè col pronunciar solamente l'incapacità dichiara gli atti conseguenti *ipso jure* nulli. La stessa ragione vale per ogni caso, nel quale la rispettiva capacità, o incapacità venga stabilita dalla legge o in generale, o in certi casi speciali in una maniera assoluta o solamente condizionata; di modo che sempre la disposizione della legge, versando sulla capacità dell'operatore, ne rende fin da principio efficace o non efficace, valido o non valido l'atto.

Tutte queste, ed altre simili considerazioni cadono sulla sostanza primitiva dell'atto. Tutto sta nel formarsi un'idea chiara e completa di questo atto primitivo, considerato in

tutta la sua estensione, e distinto nelle sue particolarità. Ciò fatto cessano tutte le perplessità che sole derivar possono da un concetto confuso e inadequato.

La conseguenza immediata del fin qui detto al proposito della questione promossa si è, che la legge sia imperativa, sia proibitiva, allorchè versa sulle circostanze riguardanti o tutte quelle parti o qualcheduna di esse soltanto, le quali concorrono a costituire l'atto, è sempre operativa di validità o di nullità, senza che sia necessario che il legislatore la pronunci espressamente, attesochè questa è una *conseguenza* logicamente racchiusa nel principio, ossia un effetto naturale necessariamente derivante dalla causa preesistente.

Qui dunque la distinzione introdotta dagli scrittori è totalmente *inutile*, poichè nell'uno e nell'altro caso l'effetto è sempre lo stesso: perchè sarà sempre lo stesso sia che il legislatore dica imperativamente che per contrarre validamente ricercasi l'intelligenza, la libertà, e le qualità dello stato civile, sia che lo dica proibitivamente che niuno privo dei sopra enunciati requisiti possa validamente contrarre. Dicasi lo stesso quanto ai requisiti sostanziali dell'atto: niuna differenza essere vi può fra la disposizione imperativa del legislatore, colla quale egli dica che per contrarre validamente una vendita si ricerca la cosa, il consenso, ed il prezzo, e la ordinazione proibitiva, colla quale esso dica che niuno potrà intendersi avere contratta una vendita se non concorre la cosa, il consenso, ed il prezzo, o proibisca ai giudici di riconoscere in un atto, in cui manca alcuno di questi requisiti, un vero contratto di vendita.

Ma la cosa procede forse egualmente per gli atti *accessorj*, ossia per quelle formalità, le quali, supponendo l'atto in se stesso già formato, riguardano solamente *i mezzi* onde assicurarne il libero esercizio, e somministrare un documento degno di fede? Qui si deve prima di tutto ritenere che l'oggetto finale della questione si è la ispezione della validità, o invalidità di tutto l'atto, in quanto riuscendo valido o non valido in forza delle leggi o imperative o proibitive, queste forme accessorie possono trar seco la validità o inva-

lidità dell'atto principale, al quale si trovano connesse. Qui dunque lo stato della questione non è più lo stesso di quel di prima, ma i rapporti essendo più complicati, conviene esaminarli partitamente.

Le formalità accessorie, come ognun vede, qui possono essere considerate in due sensi. Il primo si può dire *assoluto* ed intrinseco, in quanto la formalità ossia l'atto accessorio si considera in se stesso, e sotto l'impero della legge, astrazion fatta dalla considerazione che egli sia o no connesso con altro atto principale, e possa o no influire sul medesimo. Il secondo senso si è totalmente *relativo*, in quanto si considera quest'atto accessorio rispettivamente all'atto principale, e precisamente si domanda se dalla validità o invalidità di quest'accessorio ne venga di conseguenza la validità o invalidità dell'atto principale, al quale fu annesso dal legislatore.

Supponiamo pertanto una legge proibitiva di taluno di questi atti accessorj, come per esempio l'intervento di certe persone nella fazione del testamento pubblico (di cui abbiam l'esempio dell'art. 975 del cod. Nap.) in qualità di testimonj. Egli è chiaro, che la legge, per ciò stesso che inabilita queste persone a servir di testimonj, la loro testimonianza non sarà attendibile *ipso jure*, e in ciò non sarà necessario che il legislatore pronunci la nullità della prova che trar si volesse dalla rispettiva testimonianza. Si dirà per conseguenza che l'atto testamentario, d'altronde in se stesso perfetto, sia *ipso jure* nullo senza l'oracolo del legislatore che abbia colpito l'atto testamentario in forza di questa circostanza? Ecco il vero oggetto della quistione. Altra cosa infatti è il dire che un atto, il quale non racchiude tutti i suoi requisiti primogeniali stabiliti per natura o per legge, riesca nullo per mancanza di uno dei medesimi, ed altro è il dire, che essendo d'altronde in se stesso perfetto, debba riescir nullo per la nullità di un atto accessorio. Nel primo caso l'effetto della nullità è stabilito dalla natura stessa delle cose, in forza appunto della essenziale concorrenza che hanno le parti fra di loro a rendere l'atto operativo. Nel secondo

caso per lo contrario questa connessione naturale ed essenziale non esiste, ed esistere non può che per solo ministero della legge positiva, come fu sopra dimostrato. Sia pur dunque quanto si voglia vero, che la legge proibitiva dell'atto accessorio produca la di lui nullità, non ne verrà mai che questa nullità propria dell'atto accessorio tragga seco per naturale e necessaria conseguenza la nullità dell'atto principale d'altronde in se stesso perfetto, ma si esigerà sempre una formale ed espressa disposizione della legge.

La questione pertanto sull'effetto delle leggi imperative o proibitive per l'oggetto proposto è totalmente inconcludente, avvegnachè il motivo, per il quale questa questione viene instituita, egli è sempre per concludere che l'atto principale sia valido o invalido. Limitando le idee entro i loro giusti confini, dir sempre si dovrà che la forma, di cui si tratta, o appartiene alle qualità costitutive l'atto principale, o appartiene alle circostanze accessorie del medesimo. Nel primo caso l'effetto della legge proibitiva non solamente rende inefficace l'atto speciale da lei contemplato, ma eziandio l'atto intiero, a cui la forma vietata è congiunta. Nel secondo caso poi rende bensì inefficace l'atto speciale accessorio, considerato in se medesimo, e quanto agli effetti suoi proprj ed immediati; ma non rende di sua natura nullo l'atto principale, al quale è stato per sola volontà della legge connesso, a meno che non v'intervenga l'espressa disposizione del legislatore, in forza della quale l'atto principale sia reso per questo motivo come non avvenuto.

Con questa distinzione vengono conciliate tutte le disposizioni di legge, e tutte le dottrine ragionevoli su di ciò pubblicate, e si congiungono coi principj generali di ragione e di legge di sopra esposti.

Il sig. Merlin dopo avere espresso nel repertorio art. *nullité* §. 1, che le nullità non possono essere stabilite che per ministero della legge, poichè la legge sola ha diritto di pronunciarle, prosegue, che ciò non ostante vi hanno dei casi, ne' quali non fa bisogno che il legislatore pronunci in particolare la nullità, perocchè si ha per necessariamente *sot-*

tointesa. In prova di ciò egli cita la legge 5 *cod. de legibus*, d'onde egli conclude « che le leggi proibitive si reputano sempre annullare tutto ciò che si fa contro le loro disposizioni, eccettuati i casi accennati dai DD., il primo de' quali si è, che il legislatore vietando l'atto, abbia pronunciato una pena diversa da quella di nullità, perchè allora non si potrebbe dichiarare nullo l'atto proibito, senza supporre che il legislatore abbia voluto infliggere due pene ad un tratto, lochè la legge § 1 *ff. de poenis* non permette di presumere. Il secondo caso si è quello delle leggi, che proibendo un atto, ciò non ostante lo lasciano sussistere, e che per tal ragione Ulpiano le chiamò imperfette, d'onde il famigerato proverbio *multa facta tenent, quae tamen fieri prohibentur.* »

Fuori di questi casi egli stabilisce, che vi ha nullità *implicita.*

1.° In ogni atto fatto da una persona o a favore di una persona che la legge ne ha dichiarato incapace;

2.° Quando la proibizione cade sull'atto stesso, e che non sia modificata da alcuna clausola o da altra disposizione, dalla quale si possa concludere che il legislatore ha voluto lasciar sussistere l'atto;

3.° Quando la proibizione riguardi una forma *sostanziale*, colla quale deve essere rivestito l'atto.

Ma se la proibizione non versa che sopra una cosa puramente *accidentale*, e per così dire indifferente alla sostanza dell'atto, essa non trae per se stessa alcuna nullità, ed il legislatore non può in questo caso annullare l'atto, nel quale si è contravvenuto al suo divieto, se non che mediante una clausola *irritante*, cioè a dire coll'apporre espressamente la pena di nullità.

A l'egard, prosegue egli, *des lois qui au lieu de défendre, ne font que prescrire et enjoindre quelque chose, et que l'on appelle, par cette raison, IMPERATIVES, quelques auteurs enseignent, qu'elles n'emportent nullité en cas d'infraction à ce qu'elles ordonnent, que lorsqu'elles contiennent une clause irritant; MAIS CETTE DOCTRINE EST TROP GÉNÉRALE, et il paraît qu'on doit aussi bien appliquer*

à ces sortes de lois, qu'à celles qui sont concues en forme prohibitive, la distinction que nous venons de developper entre les choses concernant la substance des actes, et celles qui n'y sont que accidentelles.

Lo stesso sig. Merlin nelle celebri sue questioni di diritto ha primieramente ritenuto il principio generale che « il « est certain que les nullités ne peuvent être établies que « par la loi, et que la loi seule a le droit de les prononcer. « Elle peut les prononcer, ou en autres termes, elle peut « rendre un acte nul, soit à raison des personnes qui y in- « terviennent, soit à raison des choses qu'il a pour objet, « soit à raison de la forme dans laquelle il est passé. Ainsi, « elle peut annuller tout acte fait, ou par une personne « qu'elle en a declarée incapable, ou pour une chose qu'elle « a defendue d'en faire la matière, ou dans une forme qu'elle « a proscrite, ou différente de celle qu'elle a determinée. « Mais pour qu'elle soit censée l'annuller en effet, est-il né- « cessaire que la clause de nullité se trouve expressement « dans la disposition du législateur? Il faut à cet égard di- « stinguer entre les lois prohibitives et les lois impératives. « Dans les lois prohibitives la clause de nullité est toujours « sous-entendue. »

« Cette regle admet cependant un petit nombre d'exce- « ptions, mais elles sont étrangères à notre objet; et il est « par conséquent inutile de nous en occuper. »

« A l'egard des lois simplement *imperatives*, c'est à di- « re, des lois qui au lieu de defendre, ne font que prescrire « et enjoindre quelque chose, la regle *générale est qu'elles « n'emportent nullité, en cas d'infraction à ce qu'elles ordon- « nent, que lorsqu'elles contiennent une clause irritante.* (1)

Confrontando questo passo delle questioni di diritto con quello sopra recato del repertorio, ognuno si avvede esservi una variante sostanziale. Imperocchè in quello delle questioni si ritiene la distinzione delle leggi imperative e proi-

(1) Vedi MERLIN *V.° Mariage tom. VI. pag.* 67, 68 *questions de droit.*

bitive come decisiva per istabilire la validità o nullità dell'atto principale; per lo contrario nel passo del repertorio si avverte che tale distinzione non è decisiva per questo oggetto, e invece attendere si deve alla natura propria della formalità, ed osservare se sia sostanziale o accidentale onde dedurne la nullità implicita, ossia non ricercare la espressa menzione della clausola irritante affine di pronunciare la nullità. Questa correzione è un omaggio sincero alla verità, degno d'un uomo superiore, il quale sa essere migliore un'ingenua ritrattazione che cento repliche ingegnose.

Il sig. Pons-De-Verdun avvocato generale presso la corte di cassazione dell'impero nelle sue conclusioni nella celebre causa Philipaux e Thermines dopo aver riportato letteralmente il passo su recato delle questioni di diritto del sig. Merlin, come opinione di giureconsulti infinitamente rispettabili ricevuta da molti, e che ha preso consistenza, prosegue: « In appoggio di questo sistema i detti giureconsulti citano una legge degli imperadori Teodosio e Valentiniano, che è la 5 del cod. *de legib.*, dietro la quale tutto ciò che è fatto contro il divieto della legge, *lege prohibente*, è considerato come inutile, come non avvenuto, *pro infectis habentur*, quantunque il legislatore siasi limitato a proibirlo, e non abbia specialmente dichiarato, che egli lo proibiva sotto pena di nullità. *Licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est.* Nella nostra opinione, o signori, questa pretesa regola è puramente arbitraria (1), e la legge di Teodosio e Valentiniano

(1) Questa regola è arbitraria tal quale vien stabilita dai detti giureconsulti.

La regola non è arbitraria, se si prenda nel senso della legge, perchè sarà sempre vero che un atto vietato non potrà per se stesso considerarsi come sussistente, ossia operativo di diritto in faccia alla legge, come sopra si è dimostrato: arbitraria piuttosto, anzi irragionevole ne riesce l'applicazione, secondo la natura degli atti, ad effetto di dedurne la nullità conseguente di un atto distinto, come si è dimostrato più sopra.

è abusivamente interpretata. Noi abbiamo fatto tutti gli sforzi per concepire che una legge imperativa non sia nello stesso tempo anche proibitiva, e ci è riescito impossibile di fare questa distinzione. Noi siamo rimasti convinti che l'ordinare una cosa egli è lo stesso che vietarne espressamente il contrario: e in questi termini dell' art. 165 del cod. Nap. *il matrimonio deve essere celebrato pubblicamente*, noi vediamo chiaramente la disposizione, *il matrimonio non deve essere celebrato secretamente*. Ciò posto, quando gli imperadori Teodosio e Valentiniano hanno dichiarato nullo e non avvenuto tutto ciò che è fatto contro il divieto della legge, *lege prohibente*, allorchè hanno colpito di anatema gli atti contrarj alla volontà del legislatore *quod fieri non vult*, non ostante l'omissione della clausola irritante, *prohibuisse sufficiat licet non dixerit specialiter inutile esse debere*, essi hanno indicate tanto le cose espressamente vietate, quanto le cose contrarie a quelle che furono espressamente ordinate, perchè la proibizione è la medesima nei due casi, e la forma puramente grammaticale che il caso ha fatto adottare al legislatore, non aggiunge o diminuisce niente all'espressione reale della sua volontà. »

Fin qui il prelodato sig. avvocato generale.

Esaminando attentamente il di lui ragionamento, si vede che egli tende ad impugnare in astratto la distinzione riguardante l'effetto delle leggi proibitive ed imperative, e pretende che questo debba essere lo stesso e per le une e per le altre.

Ma, a dir vero, anche questa opinione non sembrami fondata nella generalità in cui viene espressa, ed è forse più pericolosa della prima. Fino a tanto che non si assuma come criterio unico la natura propria dell' atto, non si potrà giammai nè definire sicuramente la questione, nè fissare i limiti di una solida opinione. Si richiami di grazia il principio semplice sopra recato della corte di cassazione dell' impero pronunciato a sezioni riunite nel 5 gennajo 1810 cioè « che la pena di nullità non può giammai essere supplita in una disposizione legislativa, la quale prescrivendo formalità non

essenzialmente costitutive degli atti che debbano esserne rivestiti, non vi ha espressamente aggiunta questa pena » e se ne analizzino i termini. Qui si parla sicuramente della facoltà di supplire in una disposizione legislativa la pena di nullità, ossia del caso di sottintendere la clausola irritante in una legge nella quale essa non fu apposta. Qui dunque si abbracciano tutti i casi della nullità implicita, e si prende di mira la questione, se e quando si possa supplire codesta clausola nel silenzio del legislatore. È dunque manifesto che si abbraccia anche il caso delle leggi imperative o proibitive. Che cosa risponde l' intiera corte suprema dell' impero? Fuori del caso delle formalità *essenzialmente costitutive* degli atti stabiliti dalla legge, non è giammai permesso di sottintendere una clausola irritante, ma è assolutamente necessaria una disposizione espressa del legislatore.

Qui dunque quel corpo supremo distingue il caso delle formalità essenzialmente costitutive, dal caso di quelle formalità che non sono tali. Nel primo ammette non essere necessaria la espressa menzione di nullità del legislatore, perchè, come fu già dimostrato, l' essenza stessa della cosa trae seco la nullità in caso della mancanza delle formalità essenzialmente costitutive, il qual principio, come si vidde, è indotto dai rapporti immutabili della ragione, tratti dalle essenze eterne, ed immutabili delle cose.

Nel secondo caso poi, cioè in quello delle formalità non essenzialmente costitutive, la corte suddetta rigettò espressamente ogni induzione per istabilire o applicare la nullità, e non autorizzò mai a supplire una clausola irritante non pronunciata dalla legge. Ecco l' unico criterio ragionevole e dimostrato, il quale concilia tutti i dispareri e pone fine alla controversia. Noi non abbisogniamo di dimostrare quest' assunto dopo le cose discorse in quest' articolo.

Passando ora all' esame dell' opinione invalsa, e dappoi corretta dal sig. Merlin, e tenendo sempre presente la distinzione fondamentale su cui insistiamo, ne emerge il seguente argomento. O si parla dell' atto primitivo considerato ne' suoi costitutivi essenziali, e nelle sue circostanze inse-

parabili, o si parla delle forme accessorie o assicurative o testificative dell'atto medesimo; ben inteso sempre che il legislatore non abbia espressamente apposta veruna clausola irritante. Nel primo caso egli è evidente che la disposizione della legge, sia imperativa, sia proibitiva, opera *ipso jure* la nullità in caso di inosservanza, e ciò in forza della natura stessa delle cose. Qui dunque la distinzione fra le leggi proibitive o imperative è del tutto inutile: anzi sarebbe erronea e nociva per produrre un differente effetto nella sussistenza dell'atto, e in ciò sono d'accordo colla opinione del sig. Pons-De-Verdun, e non si può convenire nell'opinione invalsa presso i giureconsulti da lui accennati.

Ma se si parla di formole accessorie, non posso in alcuna maniera convenire che le leggi, sian imperative, sian proibitive, produr debbano lo stesso effetto; ben inteso che colle forme accessorie non si confondano le circostanze inseparabili, quale appunto sarebbe quella della pubblicità o clandestinità di un atto. In questi atti accessorj, la forma diversa imperativa o dispositiva sarà sempre decisiva per pronunciare l'intrinseca sussistenza o insussistenza della forma medesima considerata in senso isolato, e indipendentemente dall'atto principale a cui è annessa; e molto più deciderà sulla di lei efficacia nel riagire sull'atto principale, al quale trovasi congiunta ad effetto di produrne la validità o invalidità. Quante volte avviene che il legislatore prescriva una data forma imperativamente, e confermi ciò non ostante un atto fatto in una forma diversa da quella che egli prescrisse? Un esempio luminoso ce lo presenta il codice di procedura civile, il quale in se stesso altro non essendo che un complesso sistematico di forme, non ha voluto perciò annettere la clausola irritante a tutte le sue sanzioni, ed anzi nel pericolo che ciò accadesse, espressamente stabilì che la nullità non possa essere pronunciata che nei casi espressamente da lui contemplati. (1) Una locuzione imperativa si riferi-

(1) Art. 1030 del cod. di proc. civ. Col riguardare il cod. di proc. civ. come un complesso sistematico di formalità, io

sce simultaneamente a tre casi. Il primo si è quello di un atto che si può praticamente eseguire in una forma *contraria* a quella che fu ordinata. Il secondo è quello in cui l'atto venga eseguito in una forma diversa. Il terzo che egli venga omesso.

L'effetto conseguente di questi tre modi, potendo essere vario e di diversa importanza, non può, per sola autorità del magistrato esecutore ed applicatore passivo della legge, essere stabilito, e perciò esso non può collocare nelle viscere della legge imperativa una clausola irritante che il legislatore non vi appose, potendo stare benissimo, che nell'opinione del legislatore l'atto non importi le conseguenze penali stabilite dal senso privato del magistrato.

Questa considerazione si verifica in parte nella legge stessa proibitiva. Sebbene sia cosa innegabile che l'identica esistenza dell'atto proibito non debba portar seco un effetto di diritto non voluto dal legislatore, ciò non ostante se la proibizione non colpisce tutti i modi coi quali l'atto può es-

bramo che si distinguano in esso quegli enti morali o artificiali, i quali hanno una natura propria, e perciò racchiudono delle forme essenzialmente costitutive, da quelle formalità, le quali dopo che l'atto è creato, riguardano soltanto un'operazione accessoria. Quanto ai primi vige la regola generale sopra dimostrata. Quanto ai secondi ha luogo il discorso che ora facciamo. L'esistenza di questi enti morali o artificiali creati, per dir così, dall'autorità del legislatore, la costituzione dei quali è totalmente positiva, si riscontra in un atto per esempio di citazione, di appellazione in una sentenza, o decisione ec. Tutti questi atti hanno una costituzione propria e certe parti, le quali non verificandosi nell'atto, esso sarebbe essenzialmente imperfetto, ossia non esisterebbe veramente nella sua specie, e per conseguenza il difetto di qualcheduna di queste parti apporterebbe la di lui nullità senza che vi fosse bisogno di pronunciarla. Così un giudicato sarebbe per se stesso nullo, benchè il legislatore non l'avesse dichiarato, quando mancasse della parte sua dispositiva. Così una citazione sarebbe per se stessa nulla, senza bisogno di una formale dichiarazione della legge, allorchè mancasse di qualcheduna delle sue parti integranti. La ragione della nullità risulterebbe dall'essenza intrinseca della cosa, senza bisogno di altra autorità.

sere eseguito, si può dar luogo al precedente raziocinio, e quindi in ultima analisi dal caso ristretto, contemplato nel divieto, non si potrà mai indurre una legittima illazione all'altro caso non contemplato.

Poste queste premesse, ognun vede, 1.° che la disposizione della *leg.* 5 *cod. de legib.* si verifica difatti senza eccezione, sia che la proibizione colpisca tutto l'atto principale, sia che lo colpisca in qualcheduna dalle sue parti costitutive; 2.° si verifica pur anche negli atti *accessorj*, e congiunti a modo di formalità, assumendo per limite il solo atto vietato, e i di lui effetti proprj: ma sarebbe un eccedere i confini della legge, quando si volesse escire dall'atto accessorio, e stabilire una *connessione* necessaria fra questo e l'atto principale, nel caso che tale connessione non fosse stata fatta per autorità della legge. E in ciò appunto si pecca da quei giureconsulti i quali, dal divieto particolare ristretto all'atto accessorio, pretendono di trarne il divieto o l'inefficacia dell'atto principale sul quale il legislatore si tacque.

3.° È poi irragionevole l'opinione che assolutamente parifica la legge proibitiva alla imperativa, e ne rende identici gli effetti, tal che in questa opinione annunziata in questa generalità, non possiamo convenire col sig. Pons De-Verdun, ma ci è forza di dividere le opinioni. Ammettiamo con lui, che nel solo caso in cui si tratti dell'atto principale la distinzione fra le leggi imperative e proibitive sia inconcludente per operare un effetto diverso; e sia pure inconcludente per operare una riazione fra l'atto accessorio e l'atto principale non istabilita espressamente dalla legge; ammettiamo poi cogli altri che la distinzione sia decisiva per operare la diretta validità o invalidità dell'atto particolare contemplato nel divieto, e in ciò vi abbia disparità fra le leggi proibitive, e le imperative, e così che nelle proibitive non sia necessario la clausola irritante per operare naturalmente la nullità dell'atto proibito, ma che questa clausola sia poi necessaria nelle leggi imperative, nè supplire si possa dal magistrato nel silenzio della legge; e che però trattandosi d'un fatto

relativo ad una legge imperativa non riguardante la sostanza dell'atto, questo fatto non si possa riguardar come nullo che nel solo caso in cui il legislatore abbia espressamente apposta la pena di nullità.

L'ultima conclusione pertanto di questa discussione si è, non essere ammissibile nè l'opinione comune combattuta dal sig. Pons-De-Verdun, nè l'opinione combattuta da lui medesimo, ma che in questi due estremi prevaler debba la regola della corte di cassazione dell'impero, quale fu sviluppata di sopra, come la sola canonizzata dalla ragione, e coerente agli altri principj direttivi dell'uso della pena di nullità.

Principj universali di ragione per annettere la pena di nullità alla violazione delle forme estrinseche.

Fino a qui il nostro discorso si è aggirato sullo stato delle cose, considerato ipoteticamente dal legislature, non quale può constare a lui, ma quale può esistere in natura. Questa maniera di vedere è pur anche quella della legge, quandu incomincia ad ordinare le sue sanzioni, talchè il primo senso legislativo si può dire intieramente ipotetico e filosofico. Ma nel periodo di un innoltrato incivilimento le cose non si fermano qui in un sistema di provvida legislazione. Avvi in natura una legge universale ed insormontabile che determina altre provvidenze, a che predomina ogni maniera di relazioni umane fra gli individui, e le nazioni. Questo fatto universale e necessario fu ripetutamente accennato nel giornale di Giurisprudenza, e questo si è la necessità di arrestarci all'apparenza esterna delle cose, e quindi di giudicare dietro la verità estrinseca, e non dietro lo stato intrinseco e reale delle cose medesime, d'onde ne nasce la regola universale che *la prova fa diritto.* Noi ne abbiamo veduta la necessità nella materia delle prede marittime, nelle quali le nazioni si presentano in uno stato puramente naturale. Questa regola vige molto più nelle relazioni interne di ogni società, e per conseguenza il legislatore può ordinare efficacemente quelle

provvidenze, mediante le quali essa venga al meglio che si può posta in uso: lochè fare non può rispetto ad un popolo indipendente.

Qualunque filosofo e giureconsulto non deve mai perdere di vista l'influenza universale della legge necessaria di giudicar delle cose dietro a quello che *consta*, e non dietro a quello che è, e quindi il dovere di indagare il motivo di quelle leggi, che vengono ordinate in vista di questo fatto necessario di natura, per distinguere le altre leggi che vengono ordinate dietro i principj di ragion naturale.

Un sistema di legislazione per un popolo incivilito sarebbe imperfetto, e rimarrebbesi per dir così a mezza strada, se si contasse di ordinar le cose dietro i soli rapporti reali di giustizia e di equità, e non ordinasse pur anche quelle provvidenze che rendonsi necessarie ad ottenere le più *sicure* e più *facili* prove degli atti pratici relativi alla legge primitiva. L'unico ponte di passaggio e di comunicazione fra l'ipotesi ed il fatto, fra l'ordinazione e la pratica, fra la legislazione ed il governo, sta nel sistema esterno che può accertare l'intimazione e l'esecuzione della legge. Il legislatore pertanto, dopo avere architettato tutto l'ordine sociale, deve ordinare quella serie di mezzi onde aver cognizione dell'adempimento delle di lui disposizioni. Sia dunque che la legge operi fra privato e privato, sia che operi fra il privato e il pubblico, sia che operi fra un corpo sociale ed un altro, sarà sempre necessario lo stabilire una esterna corrispondenza che avverta gli esecutori, gli amministratori, e le nazioni, tanto su ciò che viene ordinato o concordato, quanto su ciò che viene eseguito.

L'azione quindi del sistema delle comunicazioni subalterne alla legge è, per dir così, contemporanea e parallela al sistema statuente su ogni specie di diritto e di amministrazione. Essa si fa sentire necessariamente dal principio alla fine di ogni affare pubblico e privato. E che altro significa mai la necessità della *promulgazione* della legge che accompagna il di lei nascimento? E che altro significar può tutta la serie delle comunicazioni officiali, delle intimazioni,

dei processi verbali, degli esami de' testimonj, e di ogni altra specie di prove, sia per comunicare un' ordinanza, un' intenzione, sia per accertare di un fatto seguito? L' influenza pertanto del summentovato principio è inevitabile, universale, e induce pure la necessità di universali e ben disposte provvidenze. Tale è la condizione delle cose, che in tutto ciò che colpisce i diritti delle parti, deve valer la regola che *la prova fa diritto*.

Due parti massime pertanto convien distinguere in ogni sistema di legislazione di un popolo assai incivilito e quindi in ogni legge particolare. La prima dir si può statuente ed ipotetica: la seconda assicurante, o testificativa di fatto pratico. La prima si può dire predominante ed originale: la seconda subalterna e famulativa. L' oggetto di amendue è il medesimo. La prima statuisce sulle cose: la seconda sulla cognizione delle medesime. Colla prima si ha in mira di produrre un dato effetto reale, colla seconda si ha in mira di scoprirne ed accertarne l' esecuzione o l' ommissione, il perfetto o imperfetto adempimento. Colla prima si opera sullo stato reale delle cose, colla seconda si opera sugli uomini.

E siccome questo subalterno sistema assicurativo e testificativo non si può dire perfetto fino a che non riconduce la notizia delle cose al governo, così il legislatore non può riposare finchè non abbia ottenuto questo intento. Egli arrestar si deve soltanto dove trova ostacoli insormontabili, e ciò accade specialmente allorchè esso vuol dare al sistema delle prove la forma più sicura e facile. Non sempre gli atti costruir si possono giusta certe forme solenni. Non sempre nei fatti si possono per la necessità stessa delle cose stabilire i mezzi comprovanti da lui desiderati; e per conseguenza se nell' ordine fisico-morale delle cose egli da una parte è spinto irresistibilmente ad ordinare un sistema di mezzi assicurativi e testificativi, dall' altra parte egli si trova imperiosamente respinto da questo stesso ordine necessario, e contentar si deve di quei soli barlumi che sorgono qua e là nell' andamento degli affari umani.

In forza di queste considerazioni egli è chiaro che il le-

gislatore può talvolta sorpassare i limiti naturali che distinguono gli atti principali dagli accessorj: e benchè non possa cancellare la originale differenza di questi atti, ciò non ostante può renderli pari quanto all' effetto, cioè stabilire la pena di nullità in caso di mancanza delle forme accessorie assicurative e testificative dell' atto medesimo.

A che pro di fatti statuire originariamente sull' atto, quando non se ne potesse far valere per mancanza di notizie la validità o la invalidità per i conseguenti effetti di diritto? A che pro stabilire queste forme subalterne, quando la loro verificazione fosse d' ordinario assai difficile, dispendiosa, e spesso non ottenibile? Allorchè pertanto il legislatore trascende i costitutivi proprj dell' atto per dare alle forme accessorie un' eguale importanza, egli riposare non può fino a che non abbia provveduto in modo che queste forme siano più che è possibile sicure, facili, ed immediate per il governo che deve provvedere in ogni ramo di amministrazione.

Un esempio ci servirà di lume, e noi lo sceglieremo in una forma, che a prima vista sembra la più indifferente, e che ha mosso la querela di molti, e che non pertanto, avuto riguardo allo stato ed alla connessione delle cose, si scuopre della maggiore importanza.

Sopra si è fatta menzione del ricorso del sig. Duchâtenet a S. M. imperiale e reale, pel quale nacque il succitato parere del Consiglio di Stato del 31 gennaio 1806. Ciò che diede motivo a codesto ricorso si fu un giudizio di cassazione pronunciato a di lui pregiudizio. Il punto della questione derivò dal fatto, che una certa Letellier aveva fatto un testamento pubblico a di lui favore, nel quale il notaio non aveva fatto menzione espressa di avere *esso scritto* questo atto, benchè vi fosse la menzione della dettatura. Il testamento fu cassato; e questo giudizio parve duro all' attore, per avere annullato per così piccola cosa un atto tanto importante e decisivo dell' interesse di una intiera famiglia. Questa obbiezione fu considerata dal Consiglio di Stato, ed egli vi rispose col passo che fu recato di sopra, e che qui

vien riprodotto. « Mais dit-on, il est contre la justice qu'un « simple defaut de rédaction eutraîne la nullité d'un testa-« ment et la ruine d'une famille, lorsque ce defaut peut « être couvert par une vérification. »

« Les lois ne peuvent pas prévoir tous les cas particu-« liers. Il est possible que, dans une espèce donnée, l'o-« mission d'une formalité que la loi a dû introduire, entraî-« ne l'aneantissement d'un acte irréprochable louable même, « si l'on veut, dans ces motifs; mais cet inconvénient qu'on « peut toujours prévenir avec un peu d'attention, est mille « fois moins grave que ceux qui résulteraient de la faculté « donnée de suppléer par des preuves testimoniales à ce « qu'on aurait dû écrire et qu'on n'a pas écrit dans un tes-« tament. »

Al nostro proposito per altro, in cui si tratta d'indagare e di giustificare il motivo della legge, e di vederne la connessione col principio universale sopra mentovato, subentra qui a proposito il sig. Merlin nelle sue conclusioni date in questa stessa causa. « La legge esige siffatta menzione, perciocchè agli occhi suoi essa è il solo mezzo di provare che sono gli *stessi* notaj che hanno scritto il testamento. Supponiamo in effetto che manchi tale menzione, quale prova vi rimarrà che il testamento, ove essa non si trova, sia stato scritto dal notaio? Non vi resterà evidentemente che la scrittura del notaio medesimo. Ma questa scrittura cosa mai prova per se? Non altro che l'esistenza della stessa scrittura. Di chi è questa scrittura? La scrittura nol dice. Fa d'uopo ricorrere ad una verificazione. »

« E cosa accadrà se si smarrisce la minuta? Cosa accadrà se dessa è depositata nelle nostre colonie, se essa si trova a mille e cinquecento, a due mila, a cinque mila leghe dalla città ove è aperta l'eredità, ove trovasi impegnata la lite? In questi due casi, che possono non esser rari, e che la previdenza del legislatore non ha potuto trascurare, in che modo si assicurerà che il testamento è scritto di mano del notaio? La copia che sarà prodotta non dirà cosa alcu-

ua, e la verificazione col mezzo di periti sarà o impossibile, o di una difficoltà quasi insuperabile. »

« Inutilmente quindi si distinguono le formalità fuggitive, da quelle che lasciano indizj dopo di se, e in questa ultima classe si pone la formalità della scrittura del notaio. »

« Ripetiamolo. La scrittura bensì prova per se medesima la sua esistenza, ma essa non indica il suo autore; la legge non domanda soltanto che il testamento sia scritto, ma essa vuole altresì che sia scritto dal notaio che lo riceve. »

« Oltre ciò nel sistema opposto sarebbe lo stesso che accusar la legge. Certamente la legge sapeva che tra le quattro formalità, di cui essa prescriveva la menzione, non ve n'erano che tre di fuggitive, e che quella della scrittura lasciava dopo di se tracce permanenti. Non ostante ella ha prescritta la menzione espressa della scrittura, come della dettatura, come della lettura, come della presenza de' testimonj. »

« Concludiamo adunque, che a termini dell'art. 972 del codice civile, ogni notaio che riceve un testamento, deve, sotto pena di nullità, non solo scriverlo egli medesimo, ma ancora farvi menzione espressa, che a questo riguardo egli si è conformato al volere della legge » (1).

In questo esempio, passando da idea in idea, si risale fino al principio universale della necessità della *prova* primitiva derivante dal fatto di non poter far uso negli affari umani che della sola verità *estrinseca*, e discendendo di nuovo da questa universale considerazione si giunge fino al punto, in cui si dimostra la necessità di stabilire una forma minuta, e che a prima vista pare indifferente; motivo per il

(1) Vedi giurisprudenza del codice civile di Bavoux e Loiseau tradotta dal francese vol. VIII, pag. 405, 406 e 407.

Il Sirey nella sua collezione tom. V, part. I, pag 370 a 376, riferendo questa medesima causa, sopprime il recato passo del sig. Merlin.

quale le piccole e non illuminate menti di alcuni hanno tratto motivo di accusare la legge come soverchiamente rigida, e quasi superstiziosa, e quel che è peggio, come nociva ed ingiusta (quasichè per la premura di sostenere un minuto rigore sacrificar voglia l' intercsse delle famiglie), invece di ammirarne l' antiveggente provvidenza, e l' ultima perfezione data al suo sistema.

Seguendo difatti tutti gli anelli della catena che sostiene le di lei ordinazioni, incominciamo dal vedere lo stabilimento dei caratteri costitutivi del testamento. Qui la prova riguardante la *capacità* dei testatori, il loro buon senno, e la loro libertà, vien rimessa in parte all' impero d' ogni mezzo naturale, perchè egli era impossibile alla legge di assoggettarla a regole fisse entro l' angustia dell' atto testamentario. Considerando la cosa in un senso filosofico, ed anche storico, in questo semplice stadio noi rileviamo, che i mezzi assicurativi, e testificativi, sono indipendenti dal primitivo stabilimento dell' atto testamentario. Quando Abramo fa promettere al più vecchio servo della sua casa di non concedere che il figlio suo prenda per sposa una Cananea, e lo fa semplicemente giurare, ponendo la mano sotto il suo femore, tutto finisce là, non tanto per mancanza di ogni legge positiva, quantu per mancanza d' ogni governo civile, in un tempo in cui vigeva il solo governo patriarcale (1). E per parlare di una disposizioue *causa mortis* quan-

(1) *Pone manum tuam subter femur meum*, dice Abramo, gen. cap 24, vers. 2, *pone manum tuam sub femore meo*, dice Giacobbe, vers. 49, cap. 27 dello stesso libro. Questa forma di giuramento che presso di noi richiama idee, osiam dire indecenti, nella primitiva e religiosa semplicità de' costumi di allora era imponente. Nell' età della fantasia, in cui predomina l' uso delle analogie, l' uomo non solamente si presentava quale un tempio, e l' anima quale la divinita che lo abita (come si esprime Marc' Aurelio nelle sue riflessioni a se medesimo), ma si figurava come simbolo dell' universo, e dotato del potere della creazione, attributo proprio della cagion prima, quindi gli organi coi quali si adempiva alla più importante funzione della natura, riguardati come sim-

do Giacobbe, bramando di non essere sepolto in Egitto, pregò il suo figlio Giuseppe di riunire le proprie ceneri a quelle de' suoi maggiori, lo fa giurare nella stessa guisa, e si acquieta, la cosa parimenti finisce là: e tutte le forme assicurative anche dell' esecuzione dell' atto riposano sulla fede sola di tale giuramento. Niun' altra condizione si riscontra per la forma primitiva dell' atto medesimo; e l' imperfezione dello stato sociale, soccorsa dalla forza della religione, assicura l'adempimento, tanto della promessa voluta da Abramo, quanto della disposizione dopo morte voluta da Giacobbe.

Discendendo gradatamente alle formalità aggiunte dalla legge positiva nei testamenti, noi troviamo in primo luogo che esse hanno il doppio intento, come spiegarono gli oratori del governo, di assicurare la libertà di un testatore nel compiere l' atto e la prova dell' *identità* del dettato collo scritto: lochè più ampiamente si dimostrerà a suo luogo. Sotto di questo punto di vista, la prescrizione di queste formalità apparisce come un sistema il più sicuro, ed il più economico che immaginar si potesse al proposito. Ma ancor non si vede condotta la cosa al suo ultimo termine. Mancano ancora le disposizioni ulteriori, le quali a guisa di anelli intermedj congiungono queste formalità coll' *uso pratico* che far se ne può nel conflitto degli interessi, i quali da una parte e dall' altra tendono o a sostenere o a rovesciare l'atto testamentario, e quindi sorge la necessità di far sì che l' adempimento delle stabilite provvidenze venga comprovato nella maniera più sicura, e più facile, e di un uso immediato.

E qui si discende alla terza classe appartenente alle formalità *testificative*, le quali appariscono costituite in modo che sotto alla mano, dirò così, del governo e dei giudici

bolo e mezzo particolare di questa causa prima, riuniti alla qualità di padre, dal quale si riconosceva la vita, e che di più era allora vero principe, rivestivano il carattere più augusto e venerabile, e per essi si confermava la fede delle promesse.

stia il filo o la catena, seguendo la quale si giunga fino allo stato primitivo dell' atto seguito. Allora, per questa solida connessione, le più minute formalità acquistano tutto il valore dell' atto primitivo, meritano tutte le cure del legislatore, ed invece di accusarne il rigore, si benedice la mano che le stabilì, ammirandone la provvidenza che abbracciando in un sol colpo d'occhio i due estremi del grande sistema del mondo morale, seppe riunire i rapporti statuenti e ipotetici con i rapporti amministrativi e pratici, e porre a guisa della catena omerica a contatto, per quanto fu possibile, la realtà coll' apparenza, e procedere, per quanto lo comporta la condizione umana, colla maggiore certezza e giustizia.

Questo sistema, benchè complicato, riesce assolutamente necessario in proporzione dei progressi della vita civile. E se nelle prime età, mediante la forza della morale naturale, avvalorata dalla religione, si potevano ottenere i beneficj di una imperfetta società senza tante precauzioni, al cessare o all' attenuarsi di vincoli tanto preziosi, l'incivilimento stesso somministrò i mezzi onde sostituire altri mezzi, e proteggere l' ordine voluto dalla comune giustizia ed utilità, e subentra la legge che fa uso dei medesimi.

Conseguenze e ricondotta del discorso al primitivo assunto.

Condotto il discorso fino a questo punto, la nostra mente trovasi a contatto dell' ordine pratico e concreto delle cose. E qui parlando della materia dei testamenti, noi troviamo la ragione per la quale il nostro legislatore non volle che si ricercassero le prove della loro validità o invalidità fuori del documento che ne esprime la storia. È evidente che con questo mezzo la legge risparmiò tutte quelle penose, dispendiose, incerte, e spesso impossibili ricerche, le quali con grave danno pubblico e privato rintracciar si dovessero fuori dell' atto; ed abbandonò all' impero della necessità delle cose la sorte di quelle sole prove che essa stabilir non poteva con buona riuscita.

Siccome poi fu sopra osservato che la prova *fa diritto*, così in forza della legge nostra *positiva* sulle materie testamentarie, nelle quali il legislatore prescrisse la *menzione* per ogni classe di formalità, si deve tradurre questa regola in un' altra, e dire che secondo il codice Napoleone *nei testamenti la menzione, come presunzione di legge, fa diritto per tutte quelle circostanze che si effettuano per legge nell' atto testamentario.*

Ho detto in primo luogo *che si effettuano* nell' atto testamentario, e ciò per limitare la regola entro i suoi giusti confini, avendo di già avvertito che hannovi certe circostanze, le quali malgrado la menzione, ammettono ciò nonostante prove estrinseche in via *civile.* In questo particolare la legge serve alle circostanze necessarie delle cose ed ai confini dell' atto particolare del testamento, nel quale non si può tener conto se non di quelle circostanze che in quel momento cadono sotto ai sensi, e delle quali veramente si può ottenere una fede certa.

Ho detto in secondo luogo che la menzione fa prova e diritto *almeno come presunzione di legge.* Con ciò ho preteso pure di limitare la regola entro quei confini che nascono dall' espressa disposizione della legge. È noto che il documento testamentario ed ogni altro fanno fede legale fino appunto alla inscrizione del falso criminale. Da ciò ne viene che l' adempimento di tutte le solennità comunque imponenti, quanto alla credibilità loro non producono in faccia della legge che una *certezza* provvisoria, e propriamente una gravissima *presunzione legale*, la quale cede ad un'altra presunzione maggiore risultante da *tutto il complesso* delle prove criminali. Se egli è vero che la certezza considerata in astratto esclude il timore del falso, e quando questo timore ha luogo ha pur luogo la semplice probabilità, che forma la presunzione, egli è evidente, che per ciò stesso che il legislatore ammise l' iscrizione in falso criminale, ossia la facoltà di dimostrare coi mezzi di prova ammessi nella criminale procedura la falsità del documento, egli suppone che la prova civile e legale per se stessa non rechi la certez-

za, ma bensì racchiuda sempre il timore del contrario; e quindi essere la medesima incapace a produrre siffatta certezza, ed essere totalmente idonea a produrre un semplice senso più o meno forte di probabilità, e risolversi quindi in una semplice *presunzione* legale, qualunque sia la forza che piacciale di attribuire. Egli è certo però che nel caso che la falsità venisse rilevata in via criminale, si toglierebbe una presunzione legale col mezzo di un' altra presunzione, tale essendo sempre la forza delle prove giudiziarie di qualunque genere, ed in generale dei mezzi tutti, coi quali si genera la fede umana (1).

In forza di queste considerazioni egli è facile il vedere, che la legge nel limitare l' uso della prova testimoniale, e nel porla per dir così al disotto della prova scritta, essa non solamente non ne degradò la forza, allorchè tal prova si trova *congiunta* a tutto il sistema dei motivi di credibilità, come appunto avviene nelle materie criminali, ma bensì pose tal prova così unita *al disopra* della prova scritta, o per meglio dire la legge considerò, che l' unione dei mezzi naturali di credibilità fosse prevalente al sistema artificiale umano architettato dalla legge civile, e così per una specie di ritorno alla forza delle circostanze naturali ne riconobbe il loro predominante impero. Con ciò si concilia ogni apparente assurdo di fatto, che risultar potrebbe confrontando il sistema delle prove legali in via civile, collo stesso sistema sanzionato per le cose criminali: e risultando l' assoluta preminenza di quest' ultimo, preso in tutto il suo complesso, risulta pure la convenienza che per di lui mezzo si decidano affari molto più importanti dei civili, e si disponga per fino dei destini dei particolari.

In tutte queste considerazioni però ognuno si avvede, che l' onda delle idee ci ha spinto fuori della sfera dei rapporti *razionali*, per immergerci in quella dei rapporti puramente positivi, e che per conseguenza l' ufficio nostro qui è totalmente subalterno alla disposizione della legge. Vo-

(1) Vedi il Supplemento nota II.

lendo quindi noi seguire le tracce segnate dal legislatore, saremmo costretti ad entrare in osservazioni particolari, le quali cadono più opportunamente in altro luogo: ivi esaminando il sistema delle formalità stabilite dal codice Napoleone sui testamenti, ci verrà fatto di dimostrarne la convenienza, la forza testificativa, e l'opportunità pratica, non disgiunta da quella savia economia e discrezione, dirò così, legislativa, la quale da una parte provvedendo ad un oggetto particolare di utilità, sa evitare maggiori inconvenienti, e serbare intatti tutti gl'interessi secondo la loro importanza.

Invece qui al proposito dell'argomento che ci ha finora occupati, osserveremo che tutto il sistema delle nullità, cadendo essenzialmente su quello delle forme; e queste essendo assorbite dal sistema della verità estrinseca, e perciò da quello delle prove, è d'uopo di accuratamente distinguere le quistioni dipendenti dalla disposizione positiva della legge, dalle quistioni di ragione dipendenti dai rapporti naturali delle cose, avuto riguardo all'autorità della legge. E trovando noi, che per opera del legislatore, tutte le forme testamentarie furono ordinate, ed ordinata pur anche la menzione della loro osservanza, ne segue che la quistione, se si possa *fuori* dell'atto ricercare la prova dell'adempita solennità, involge due relazioni simultanee, la prima ha per oggetto le regole ordinate dalla legge circa le forme testamentarie; la seconda ha per oggetto i diritti e i doveri sì dei giudici, che delle parti nel caso della disputa sulla validità o nullità di un testamento circa il punto di ammettere o non ammettere prove estrinseche.

Postochè il legislatore impose l'obbligo della menzione, dell'adempimento delle forme transitorie ordinate sotto pena di nullità, non è più possibile il caso di dovere ricercare *fuori* dell'atto la prova del loro adempimento, e frattanto ritener valido il testamento?

Cessa dunque il soggetto della quistione proposta da principio, perchè cessa il supposto che la legge avendo prescritta la data forma sotto pena di nullità, non ne abbia pur anche ordinata la menzione.

In conseguenza di questa disposizione è inutile il disputare se nel *dubbio* che una formalità fuggitiva sia stata eseguita perchè non mentovata, si debba presumere in favore della validità dell' atto; perchè dopo il codice Napoleone *la menzione non apposta* trae seco la nullità. Non si può dunque più disputare se in vista del solo documento possa il giudice pronunciare o no questa pena, dopo che viene a ciò autorizzato dalla legge, e come per pronunciare la validità non ha bisogno di escire dall' atto, così non ha mai bisogno di escire dallo stesso per pronunciare la nullità.

Forse si pretenderà che come prima d' una istruzione piena circa la verità d' un atto rivestito di tutte le forme, la validità sua è puramente presuntiva, sia pure presuntiva anche la nullità; e per conseguenza si possa sospendere il giudizio sì pro che contro l' atto testamentario. Ma ciò è estraneo alla nostra quistione, in cui si contempla l' affare nello stato suo *primitivo*, cioè avuto riguardo alla forma propria colla quale l' atto testamentario si presenta rivestito, e non a circostanze di fatto ancora incognite, e di alta indagine, le quali dove si tratta di un atto che *paratam habet executionem*, non possono ritardare la provvidenza del giudice. La facoltà pertanto risultante dalla legge testamentaria diviene nel giudice un dovere. Ed ecco come egli può dire alle parti nella sede attuale di giudizio: io non debbo nè posso ammettere prove estrinseche per pronunciare il giudizio di validità, o di nullità a cui sono ora chiamato.

Io confesso che non ne viene perciò la conseguenza, che in altra sede di giudizio non si possa, dopo speciale istruzione, conoscere dello stesso oggetto, e confermare e togliere l' antecedente giudizio presuntivo (del che si parlerà più sotto), ma da ciò non lice dedurre che il giudice o la parte possano a dirittura essere trascinati fuori del documento: e in questo senso dopo il codice Napoleone io rispondo affermativamente al quesito proposto alla pagina 28 del vol. IV Giornale di Giurisprudenza.

Colle premesse considerazioni si conciliano pure i passi del sig. Merlin, col primo delle quali distinse le forme fug-

gitive dalle permanenti (pag. 22 in nota), e col secondo accusò questa distinzione come inutile (pag. 131).

Certamente nel sistema stabilito dal codice Napoleone, nel quale fu imposto l'obbligo della menzione delle formalità tanto permanenti quanto fuggitive del testamento solenne, ogni distinzione di formalità o permanenti o fuggitive è del tutto inutile, perchè l'omissione della menzione trae seco lo stesso effetto sì per le une che per le altre, cioè la nullità legale, e quindi, rispetto al loro *effetto* presuntivo essendo tutte parificate, sotto di questo rapporto non è necessaria distinzione alcuna. Ma inutile non è per lo contrario codesta distinzione, avuto riguardo al *carattere reale* delle cose, che influisce in un giudizio non di presunzione legale, ma di certezza e di equità naturale; ed inutile non è, nemmeno avuto riguardo all'*effetto* loro *nel caso*, nel quale la legge non avesse stabilita un'eguale obbligazione di menzione. All'opposto consultandosi la natura propria delle stesse formalità, tanto in via di ragione, quanto in via di autorità, si è costretti a concludere secondo i termini della prima opinione.

Lo stesso apparente conflitto sorge confrontando le decisioni della Corte di Cassazione, accennate dal sig. Merlin con quella delle sezioni riunite del 5 gennaio 1810 sopra recata: e questo conflitto cessa, e vengono le decisioni conciliate distinguendo il fatto di un sistema di legislazione simile a quello dell'odierno codice, nel quale fu ordinata la menzione anche delle formalità fuggitive, dal fatto del sistema diverso, nel quale questa menzione non fosse stata così universalmente imposta.

Ricondotte così le nostre osservazioni al soggetto che dapprima ci occupò in questa trattazione, e combinandole cogli inconcussi principj riguardanti le nullità e la loro applicazione, ognun rileva quanto armonico, coerente ed indivisibile sia il sistema delle cose, e quanto indeclinabili ne siano le regole della loro applicazione.

Della natura puramente eccezionale del titolo di nullità.

Sotto qualunque forma, sia in giudizio che fuori, si faccia uso del titolo di nullità, altro veramente non si fa che addurre una semplice *eccezione*. Imperocchè un atto per ciò stesso che è nullo non può legalmente produrre verun effetto di diritto. Dunque da lui non può nascere una vera *azione*, prendendo la parola azione nel senso legale, e quale si usa nei giudizj, ma ne nasce una mera eccezione.

A schiarimento e prova di questo pensiero, convien richiamare la distinzione fra la semplice *materialità* dell'atto, e la di lui *efficacia legale*, ossia la di lui capacità a produrre al cospetto della ragione e delle leggi l'effetto che ne dipende come da cagione. L'atto preso nella sua materialità altro propriamente non è che il nudo esercizio di una forza; nella sua reale costituzione altro non produce che l'esistenza materiale di dati fatti che si chiamano *circostanze* dell'atto. In questa vista generale tutte le umane operazioni siano doverose, siano indifferenti, siano giuste, siano ingiuste, tutte si rassomigliano, e costituiscono propriamente quella che dicesi *fatto*. Questo fatto, ossia meglio alcuni di questi fatti, in quanto si considerano *conformi* ad un dato ordine, contraggono la qualità *di giusti:* diconsi *ingiusti* quando sono difformi dal medesimo. La giustizia pertanto e l'ingiustizia considerate come qualità inerenti al fatto, altro veramente non sono che idee *relative*, perchè presuppongono un ordine che si figura come regola a cui si riferiscono, e da questo paragone si trae la *conformità* o la *difformità*, della quale vestendosi il fatto, dicesi giusto o ingiusto: in senso *astratto*, tali idee altro non sono che relazioni logiche, applicabili per altro ad ogni oggetto anche materiale che si confronta con un dato modello.

Se si contemplino le umane azioni sotto di questo semplice rapporto, si abbracciano tanto le azioni semplicemente *lecite*, quanto quelle che producono un vero jus o diritto,

perchè amendue queste specie di azioni si dicono giuste unicamente perchè si riferiscono ad una norma precedente, colla quale non si trovano punto discordi; e però per una specie di personificazione attribuita a questo ordine o legge, si figura che queste azioni non meritino la sua disapprovazione.

La sola *rettitudine* pertanto o giustizia di un' azione ossia di un fatto, non somministra ancora l' idea di un pieno jus, perchè al concetto di jus si annette qualche cosa di più, cioè l' *obbligazione* altrui a fare qualche cosa o a non impedire che essa si faccia. E qui nasce l' idea propria del *diritto* che involge nel suo seno un altro rapporto estrinseco, vale a dire la suddetta *obbligazione* altrui, e si può quindi definire « la facoltà di fare o di ottenere tutto quello che è conforme all' ordine legale, *in quanto* nel suo esercizio non può essere senza ingiustizia contrariata da chi che sia. »

Posta questa facoltà, considerata come semplice *potenza*, ne nasce che il fare o l' ottenere *effettivamente* la cosa, importa l' esercizio dell' umana attività, e che per conseguenza il diritto considerato nel suo *esercizio* altro propriamente non sia che la *forza* umana in quanto si considera da una parte conforme all' ordine, e dall' altra parte come esente da legittimo ostacolo per parte altrui, o per dirlo altrimenti, il diritto considerato così altro non è che la potenza legale di obbligare altrui ad agire in nostro vantaggio o per ottenere da esso l' oggetto contemplato o perchè non ci impedisca di ottenerlo.

Posto ciò, fra il diritto considerato come facoltà o sia come *potenza*, e lo stesso diritto considerato in esercizio, havvi quella distinzione e distanza che passa fra la potenza e l' atto. E siccome accader può che per ridurre la potenza ad atto si esigano circostanze *intermedie* o sia condizioni subalterne ed eventuali, verificabili anche col tempo, così tutte queste cose si rendono necessarie a fine di *attivare* l'esercizio legittimo della forza, e rendere realmente esistente ed operativa la facoltà, ossia la potenza originaria che appellasi diritto. Da queste considerazioni ne emerge che il diritto considerato nella sua *effettività*, richiede il concorso

di altre circostanze. Il diritto allora così rivestito di tutti i requisiti onde essere praticamente operativo, acquista il nome *di azione legale*, ed il diritto fondamentale primitivo, considerato come cagione, acquista il nome di *titolo* ò sia di cagione dell' azione. Da ciò nasce il principio che non si dà azione a favore di taluno se per parte sua non esiste un diritto perfetto ed immediatamente esercibile, e per parte altrui una obbligazione, la quale pure si debba immediatamente adempiere, e per cui la persona obbligata si possa legalmente costringere all' immediato adempimento.

Per lo che si vede che vi può essere un diritto senza che per anche vi sia l' azione, perchè appunto possono mancare le circostanze intermedie necessarie a ridurre la potenza ad atto; ma che per lo contrario non può esistere azione legale senza il *pieno* diritto antecedente, come esistere non può *l' effetto* senza la precedente cagione in tutta la sua piena *effettività*.

Subalternamente a quest' idea, e considerando che l' esercizio legittimo della forza di taluno può essere attraversata per opera altrui, e che altri obbligati a fare qualche cosa a nostro vantaggio *ricusino* di farlo, ne nasce la necessità di usare della *forza* sì per togliere l' ostacolo, e sì per costringerlo all' atto a cui si considera obbligato. Questa considerazione tutta relativa ai *soli casi* della *resistenza* e del *rifiuto* ingiusto altrui abbraccia le ipotesi tutte degli affari contenziosi, e fa sorgere l' idea dell' azion *litigiosa*; e per altri nuovi rapporti fa sorgere l' azion *giudiziale* propria delle civili società, quale fu definita nel diritto romano ed in oggi anche ritenuta cioè: « Il diritto di ripetere dinanzi i tribunali quello che ci è dovuto, o che ci appartiene chiamasi *azione*, e l' esercizio primo di questo diritto appellasi *domanda* » (1).

È troppo noto che un' azione semplicemente litigiosa può aver luogo fra gli uomini fuori dello stato della civile socie-

(1) Teoria delle azioni, eccezioni e giurisdizione della Corte di Cassazione dell' impero francese art. II.

tà; ed allora si spiega con veri atti di guerra o fra privato e privato, o fra tribù e tribù. Ma colla formazione dei governi regolari, essendo stato tolto questo mezzo, e creati giudici e tribunali muniti della forza pubblica per attribuire ad ognuno il suo, ne segue che ogni azion litigiosa acquistò l'attributo di *giudiziale*. Per questa ragione fu detto essere la definizione allegata propria dello stato civile di una società, nella quale solamente sonovi tribunali, dinanzi ai quali, invece di cominciare con un atto di forza, si comincia con una semplice *domanda*.

I *modi* speciali onde accertare il giudice dei fatti costituenti il primitivo diritto, e la conseguente azione (lo che abbraccia tanto la produzione delle prove (1), quanto l'altra

(1) Ho detto la *produzione* delle prove, e non le prove medesime; perchè tutti i principj che riguardano la natura e la forza dei diversi mezzi di prova sono indipendenti dall'ordine delle procedure, e traggono la loro origine dai fonti logici e positivi, somministrati dalla ragione e dalla autorità. La materia delle prove è un ramo della logica, che si appella col nome di *critica*; essa abbraccia tutti i motivi di credibilità di un fatto accaduto, ne distingue le specie, ed assegna a tutti il rispettivo valore. Considerato questo ramo nelle materie legali, non soffre mutazione veruna essenziale, ma solamente circoscrive i suoi canoni a quei mezzi che la legge positiva trascelse ed adottò come più opportuni per illuminare i fatti, e renderli credibili o incredibili, e la filosofia annoverando la specie di questi mezzi adottati dalla legge, ne stabilisce la certezza o la probabilità, allorchè la legge stessa non l'abbia fatto, ed assegna per ogni fatto legale il complesso dei mezzi opportuni onde dimostrarne la reale esistenza, indicando nello stesso tempo, se fia d'uopo, la inconcludenza di altri mezzi che piacesse d'impiegare. Siccome poi la considerazione della legge e della filosofia è estremamente limitata, e dall'altra parte la natura può dirsi infinita, così ogni veduta della legge positiva e della filosofia riesce in pratica necessariamente limitata, talchè contentar ci dobbiamo di semplici regole generali, l'applicazione delle quali appartiene all'industria del giureconsulto e del giudice illuminato.

Sarebbe opera degna d'un uomo assolutamente superiore quella di esporre in un trattato apposito la teoria o sia i prin-

serie degli atti), onde colla forza pubblica dia sfogo al diritto, costituiscono tutti il sistema della *procedura*. Questa rivoluzion di cose, per la quale un terzo destinato dall' autorità pubblica diventa giudice fra due contendenti (mentre prima ogni individuo era giudice del proprio diritto), se da una parte ha prodotto l' inestimabile beneficio della pace interna, sostituendo l' innocuo simulacro dei dibattimenti giudiziarj alla guerra violenta primitiva, dall' altra parte ha portato la necessità di far uso della verità *estrinseca*, per la quale la piena certezza che taluno aveva di un fatto, viene affidata necessariamente alla sorte delle prove estrinseche, ed all' impressione o credibilità che ne può risultare, motivo pel quale talvolta è forza che il reale diritto del privato venga sacrificato a più importanti interessi.

Ma non volendo noi deviare dall' argomento prima proposto, noi osserviamo che l' azion giudiziale, non è che un modo di essere dell' azione legale, poichè effettivamente fuori di lite, ogni qual volta un privato domanda legittimamente il suo ad un terzo, e lo ottiene, o che pure esercitando un proprio diritto il terzo non si oppone, si esercita una vera *azione* legale, presa nel suo vero senso.

Oltra ciò in forza dell' esposta analisi, rilevando noi che l' ultimo termine del diritto essendo propriamente quello di *ottenere*, mediante l' esercizio della propria o altrui attività, un bene qualunque, l' azione legale propriamente detta importa questa mira, e quindi suppone nel titolo dell' azione l' *efficacia* a produrre questo bene come suo effetto naturale. Se dunque tutte le cure nella discussione delle *nullità* si risolvono nel *togliere* ad un fatto qualunque questa efficacia, come si rileva dalla sola definizione della nullità, egli è evidente che la ragione della nullità, non potendo operare

cipj generali della sana critica legale nelle materie sì civili che criminali, e ciò tanto più in oggi che per le materie civili furono introdotte innovazioni o sia limitazioni provvidissime, e nelle materie criminali fu dato al convincimento dei giudici il suo necessario e legittimo impero per assoggettarlo a quello della ragione.

che negativamente, essa non può operare rispetto alla persona che può far uso di un atto nullo che in via di *eccezione* e mai in via di azione. L'azione importa essenzialmente l'effetto reale del diritto: l'eccezione per lo contrario, considerata nella sua funzione propria, altro non importa che di togliere la forza legale alle cagioni stesse, dalle quali si vuol far discendere il diritto. Sia dunque che si proponga una nullità in via principale, vale a dire senza che sia stata spiegata un'azione antecedente, sia che si proponga in via subalterna, vale a dire dopo che un'azione fu spiegata onde schermirsi dal di lei effetto (lo che rassomiglia all'offesa ed alla difesa), sarà sempre vero che l'uso del *titolo* della nullità fa sempre contro altri la funzione di eccezione. Spiegata l'azione colla dimanda, ciò è per se evidente senza abbisognare di dimostrazione; prima della dimanda poi ciò apparisce vero, considerando il supposto sul quale si fonda l'intenzione di chi impugna l'atto per ragione di nullità, perchè appunto, prevedendo egli che in forza dell'atto viziato di nullità si possa da lui indebitamente ricercare l'oggetto contemplato nell'atto, o che pure si possa impedirgli l'esercizio del proprio diritto, esso tenta di farlo dichiarar nullo per prevenire quest'effetto, senza aspettare di essere molestato o impedito nella sua azione.

Nell'uno e nell'altro caso però egli veramente esercita una mera eccezione, colla differenza solamente che nell'un caso l'intenzione altrui di servirsi dell'atto nullo è di già spiegata, e colui che eccepisce di nullità dirige i suoi colpi contro la dimanda prodotta, e nell'altro caso non lo è ancora. Ma sebbene la domanda non sia fatta, ciò nonostante colui che eccepisce di nullità dirige ugualmente i suoi colpi contro dell'atto medesimo per ottenerne l'istesso intento.

Se in forza di un atto, che si può impugnar come nullo, taluno spiega un'azione, esso non la spiega in forza della supposta nullità, ma bensì in forza della supposta validità: perchè altrimenti si domanderebbe un effetto col proporre una cagione o contraria o inefficace, e si domanderebbe come *conseguenza* di tale cagione, lo che è assurdo.

Concludiamo dunque che sempre il *titolo* di nullità non è che un'*eccezione*, e non opera che in via sola di eccezione, qualunque sia la forma colla quale questo titolo venga presentato. D' ordinario le eccezioni non si presentano alla mente che come *subalterne* ad una domanda già spiegata; col riguardar l' eccezione da questo solo lato estrinseco non si indica la natura intrinseca di un titolo, ma solamente la sua funzione accidentale ed estrinseca; perchè fa spesso la funzione di eccezione anche un atto valido e capace a produrre da se un'azione. La *natura propria* dell' azione e dell' eccezione è indipendente dal modo di proporli; e però il voler determinare la loro natura in conseguenza solamente dell' uso, è una cagione di errori e di false applicazioni.

Del diritto di usare delle eccezioni di nullità.

Fissata così la natura propria del titolo di nullità si presentano gli ulteriori principj riguardanti l' *uso* delle medesime. Dalle precedenti considerazioni consta che la eccezione di nullità in pratica non è che un *mezzo di difesa*. L' uso dunque che far si può dell'eccezione di nullità è unicamente animato dal diritto di difendere i proprj diritti, e perciò è determinato e diretto dall' interesse della loro conservazione; lo che si risolve nella giusta mira di ottenere e conservare il bene che nasce dall' esercizio dei diritti.

Quando voi per un titolo nullo domandate a me una cosa che a me preme di non concedervi e che io oppongo la eccezione di nullità, la mia operazione si risolve nel dimostrare di non essere tenuto a prestare la cosa domandata, nel dichiarare di non volerla prestare, e così io garantisco e conservo e la mia proprietà e la mia libertà. Parimenti quando domando con diritto a voi una cosa, e che voi, o per non farla o per non prestarla o concederla, mi opponete un titolo nullo, ed io impugno questo titolo per capo di nullità, io esercito la stessa difesa, colla mira di ottenere lo stesso fine. Lo stesso ha luogo nel caso che senza domandar nulla a voi, io faccia con diritto qualche cosa, e voi vi

opponiate per un titolo nullo, contro il quale io eccepisca di nullità. Risulta dunque che la natura propria dell'eccezione di nullità è tutta negativa, e che per se stessa in chi ne fa uso non fa che funzione di *difesa*, offendendo per altro la ragione altrui fino a distruggerla, ma considerando la cosa in tutto il suo complesso, questa eccezione forma parte integrante di una vera azione, della quale costituisce un mezzo di difesa e trae tutta la sua forza e il suo movimento unicamente dal diritto che determina l'azione.

Ridotta la cosa a questo aspetto qui si presenta un principio luminoso ed universale predominante anche nell'odierna giurisprudenza.

Questo si è che « l'*interesse* è l'anima, e determina la misura delle azioni: quegli che non ha interesse non può essere ammesso in giudizio ad agire (1). Questo principio nasce dalla natura stessa del diritto inseparabile dall'azione e cagione unica della medesima, l'oggetto finale del quale si è appunto l'*interesse*. Tutte le cagioni pertanto che dirigono l'uso, od estingnono l'esercizio del diritto o che variano l'interesse che lo anima, tutte parimenti dirigeranno l'uso e la sorte delle azioni ed eccezioni, e per conseguenza anche l'uso dell'eccezione di nullità. E siccome tanto per ragion naturale, quanto per ragion civile, varie e moltiplici sono le cagioni che influiscono a dirigere l'uso di questi diritti o a renderli inefficaci, così pure varie e moltiplici sono le cagioni che possono rendere praticamente operativa o non operativa un'eccezione di nullità. Ognuno può rinunciare a certi diritti introdotti in suo favore: dunque può rinunciare anche ad un'eccezione di nullità per quello che riguarda il proprio interesse. Quando questo interesse è ristretto alla persona, la rinuncia dell'interessato toglie pure la facoltà ad altri di far uso della nullità; quando l'atto nullo possa toccare l'interesse di altri suscettibili di rinuncia, vale la stessa ragione mediante la rispettiva loro rinuncia. Ma se

(1) Detta teoria delle azioni ed eccezioni della Corte di Cassazione dell'impero francese art. III.

l'atto cade o sopra diritti non alienabili per natura, o inalienabili per il sistema pubblico, nel quale sono involte altre persone che non si presumono mai rinunciare, la singolare rinuncia di un particolare interessato non potrà togliere il diritto di difesa risultante ad altri dall' eccezione di nullità; ma essa, restando sempre viva e quindi rimanendone intatto il titolo originario, potrà essere sempre opposta a nome della persona morale avente interesse, e quindi la singolar rinuncia sarà senza effetto, come incompatibile in ogni membro singolare della communanza, il quale rivestendo il doppio aspetto d'individuo e di socio, non può nuocere al comune interesse prevalente, e che però in figura di socio non può rinunciare a cosa alcuna in danno della comunanza.

Da questa considerazione ci viene somministrato il fondamento della distinzione delle nullità in *assolute* e *relative*, ossia delle nullità di *ordine o d' interesse pubblico*, dalle nullità di ordine e d'interesse *privato*, e la nota regola che il fatto, o l'acquiescenza o il consenso del privato, può bensì sanare le seconde, ma non le prime.

Si noti bene. Questa distinzione non riguarda i titoli *originarj costituenti* le nullità, ma solamente la facoltà *posteriore*, e distinta di farne o non farne uso, e quindi i mezzi onde sanarle o toglierne l'effetto per autorità delle persone aventi interesse.

Riguardate le nullità relativamente alla loro costituzione, hanno luogo tutti i principj sovra esposti, talchè tanto se la nullità sia assoluta, quanto relativa, deve essere sempre stabilita *dalla legge*, nè in ciò vi ha differenza fra le medesime. Ma se si fa riflesso alla facoltà di usare delle medesime, di qualunque specie si siano, conviene consultare altri principj dedotti dai rapporti che danno origine, o che regolar possono gl'individui in una data società. Quali sono questi rapporti? Specifichiamo la domanda. O parliamo di que' rapporti che *inducono* la *distinzione* fra le nullità assolute e le relative, o che parliamo di que' rapporti in forza de' quali *dopo* che la distinzione fu fatta (almeno nella mente del legislatore) suggeriscono a lui il *modo* conve-

niente di farne uso, e gli dettano le regole pratiche che osservar si debbono nel far uso delle medesime.

Se parliamo delle prime, la funzione del legislatore consiste nello *stabilire* una specie di competenza. Se parliamo delle seconde, la sua funzione consiste nell' ordinare un *metodo*. Nel primo caso il legislatore dispone, che: l' opporre le tali e tali nullità *apparterrà* al solo privato che ne ha interesse, e l' opporre le tali e tali altre apparterrà all' autorità pubblica, o al privato unitamente ad essa. Alle prime il privato potrà rinunciare e la rinuncia avere effetto. Alle seconde niuno potrà rinunciare, e la rinuncia fattane dal privato sarà senza effetto; di modo che malgrado tale rinuncia avrà sempre il diritto di opporre queste nullità.

Ora in questa prima funzione, in cui egli fissa le mentovate competenze, ed in cui il *riparto* che egli fa stabilisce appunto la differenza tra le nullità assolute e relative, egli è certamente guidato da un *principio* unico che serve di divisore fra le une e le altre, fatta astrazione se tali nullità siano radicali o accidentali.

Questo principio qual è? Ecco ciò che importa di conoscere, onde vedere quali siano le nullità assolute e quali le relative, e quindi determinare gli effetti che la volontà del privato può produrre nel fare o non fare uso delle medesime.

Questo principio si è appunto quello dell' *interesse* pubblico o *privato*, distinto o reso prevalente in forza dei rapporti reali delle cose, e secondo la maniera di vedere del legislatore.

In questa vista troppo generale si abbraccia tutto e non si distingue nulla, e per conseguenza converrebbe entrare nell' esame delle ragioni diverse della cosa pubblica e privata su lo stabilimento delle formalità onde vedere operativo questo principio.

Quanto al *metodo* col quale usare delle dette eccezioni di nullità, siccome ciò è opera delle circostanze e della volontà positiva del legislatore, così non può formare oggetto delle presenti considerazioni. Osserveremo soltanto al proposito del primo punto, e per ottenere un criterio positivo

onde discernere quali siano le nullità assolute e quali le relative, essere importantissimo il por mente ai casi diversi, nei quali il legislatore accordò ai privati la facoltà di rinunciare a certe nullità, di sanarle o colle rinuncie o col consenso o coll' acquiescenza o per altro mezzo volontario di privata autorità, e distinguerli dai casi ne' quali esso non autorizzò sì fatti rimedj; dal che rilevare si potrà in una maniera positiva quale specie di nullità abbia rese di ragion dirò così privata, e quali di ragion pubblica, onde attenersi più che si può alla volontà precisa della legge (1).

Qui per altro, dove abbiam di mira le materie testamentarie, lice osservare che le nullità tutte sono per lo più semplicemente *relative*, perchè come sta in potere di un privato il rinunciare ad una successione, sta molto più in di lui potere di rilasciarla o dividerla con altri, rinunciando ad un' azione giudiziaria per la mancanza delle forme richieste dal legislatore sotto pena di nullità (2), e molte volte, abbandonando il sistema e la tutela dirò così necessariamente imperfetta delle prove *estrinseche*, rientrare sotto l' impero della *buona fede*, ed eseguire per un senso di verità e di morale, una disposizione che in forza delle leggi positive esso avrebbe potuto impugnare. Noi abbiamo di già nel Giornale di giurisprudenza riportato il passo eloquente di un magistrato rispettabile, che qui ci cade in acconcio di riprodurre. « Che giova che quella convenzione non sia a capello di legge, se si celebrò in buona fede, se pieno e libero fu il consenso de' contraenti, se aperto tradimento fora il risolverla? Che importa che un certo apice di diritto francheggi quella tua pretensione, se disotterrolla il puntiglio, se la promosse il rancore, se la vendetta la spinge, se senza alcuna tua utilità vai con essa a turbare la pace, i comodi e forse la sussistenza di un' infelice ed onorata famiglia? Quel testamento manca, egli è vero, di qualche solennità, e potrebb' essere incenerito; ma quel testatore

(1) Vedi la nota appiedi n. III.
(2) Vedi la nota n. IV.

che dettollo, era finalmente tuo padre; ma egli ti educò, ti nutrì, ti sostenne sino a che visse; ma prima di benedirti per l'ultima volta ti pregò moribondo di soddisfar senza lagno alla scritta di lui volontà, forse figlia di qualche suo segreto, ed a te non ignoto dovere, tu il promettesti: ed ora tu calpesti tu stesso quelle tavole sacre che non puoi non riconoscere per sue; ed ora manchi così vilmente alla fede data ed alla filiale pietà, ed ora ardisci di violare le di lui ceneri, e d'insultar forse e di vilipendere la sua memoria » (1)?

Della natura e degli effetti delle nullità per difetto di menzione di una formalità fuggitiva ed estrinseca del testamento.

Una questione importantissima si presenta qui, la quale per quanto sappia, non fu trattata mai fino a questo giorno sotto il suo vero aspetto. Essa versa non su l'effetto generale della omissione della menzione di alcune formalità estrinseche e fuggitive dei testamenti, ma bensì sul punto se questo effetto sia *rivocabile*.

Io mi spiego. Se l'obbligo della menzione non fosse stato imposto, ma fosse stato imposto l'obbligo solo della formalità sotto pena di nullità, l'omissione della menzione non avrebbe tratto seco la nullità nemmen presuntiva dell'atto; ma in tal caso militando in favore del medesimo la presunzione di validità, sarebbe rimasto il carico a colui che per questo titolo avesse voluto impugnare il testamento, di provare la reale omissione della voluta formalità. La validità quindi dell'atto sarebbe in tal caso meramente *presuntiva*, e non definitiva; ed invano la persona favorita dal testamento avrebbe tentato di precludere al suo avversario la facoltà di provare che fu realmente omessa la formalità, che il legislatore volle per lo contrario eseguita. E viceversa l'avversario, senza tentare la sua prova contra la indotta

(1) Tomo II, pag. 113, 114.

presunzione di validità, si sarebbe sforzato invano di dedurre dal semplice *silenzio* del documento la prova della reale omissione della formalità per dedurne la nullità dell'atto.

Le cose in oggi sono cangiate. Il legislatore ha imposto l'obbligo della menzione sotto pena di nullità. La nullità quindi per questa omissione esclude la presunzione di validità. È vano in oggi il disputare se la validità presuntiva, che aveva luogo in passato, possa aver luogo anche in oggi, e se dal solo silenzio dell'atto ne nasca o no la nullità.

La presuuzione di validità dell'atto risultante dalla mera lettura del documento è cessata, e sottentra la presunzione di nullità.

Ma dir forse si dovrà che questa presuuzione sia *irrevocabile*, o dire invece si dovrà, che la legge col pronunciare in questo caso la nullità dell'atto, abbia semplicemente sostituito la presunzione legale di nullità, a quella di validità; e per conseguenza siccome la presunzioue legale di validità non escludeva *ex post facto* la prova reale di nullità, cosicchè iu oggi la presunzione legale di nullità non escluda la prova reale di validità? In caso che questa avversativa potesse aver luogo, eccone le conseguenze.

1.° La nullità legale sarebbe stabilita per il solo fatto della mancanza della menzione.

2.° Essa rimarrebbe ferma fino a che altronde non risultasse la piena convinzione dell'esecuzione della forma voluta; talchè cedendosi allora alla forza invincibile della verità, si provvederebbe colla giustizia, senza violare le altre mire che fecero stabilire la nullità.

3.° La presunzione legale di nullità militando contro l'atto testamentario, colui che volesse difenderlo avrebbe il carico di provarne evidentemente la validità, provando evidentemente la reale esecuzione della formalità fuggitiva non mentovata nell'atto; e colui che volesse impugnarlo altro carico non avrebbe che quello di far rilevare il difetto di menzione: e in questa lotta le cure, i pericoli e le spese

del difensore della validità lo punirebbero abbastanza per la non sua mancanza al prescritto dalla legge.

Ciò premesso, io domando se nello stato attuale della nostra legislazione questa avversativa possa aver luogo? Ognuno comprende, che se la legge espressamente resistesse, questa questione non sarebbe nemmeno proponibile comunque assurda ed ingiusta potesse essere la legge: ma osservando il di lei perfetto silenzio sul proposito della *forza* della nullità pronunciata per difetto di menzione dell'adempimento delle formalità fuggitive, nè trovandosi ragione onde parificarla alla reale omissione delle altre formalità prescritte (come si vedrà più sotto), io oso proporre la questione suddetta, lasciando ai lumi dei più saggi il pronunciare definitivamente.

Un esempio schiarirà meglio l'oggetto preciso di questa questione. Quest'esempio sia appunto il caso sopra contemplato, nel quale il documento testamentario esprima la dettatura ad un notaio senza esprimere la menzione che esso fu scritto dal notaio medesimo. Suppongasi che l'erede scritto dica al suo avversario (il quale per sopra più prestò la sua assistenza al defunto, ed egli stesso andò a chiamare il notaio, e ne conosce perfettamente il carattere). Suppongasi, dissi, che lo interroghi nella seguente maniera: puoi tu negare che questo documento sia sottoscritto e munito della fede notarile di pugno del notaio medesimo che vi appose la sua firma ed il suo suggello? No certamente. Tu lo confessi; e se nol confessassi, ciò sarebbe tosto comprovato da tutte quelle autorità pubbliche, le quali sogliono apporre la legalizzazione agli atti di questo notaio riconosciuto. Puoi tu negare che il rimanente dello scritto non sia dello stesso carattere a te ben noto? Nemmeno, e se tu lo negassi, queste autorità deporrebbero contro di te: egualmente deporrebbero periti calligrafi col confronto di altre migliaia di atti che esistono nei pubblici archivj, e tutti quei testimoni che si sottoscrissero all'atto, i quali videro il notaio scrivere per intiero il documento. Ecco pertanto fermamente dimo-

strato che lo stesso notaio che afferma essere stato a lui dettato il testamento fu pure quello che lo scrisse; e la tua stessa confessione pienamente prova contro di te. Come dunque all'ombra di una legge fatta per altri casi, nei quali questa tua scienza verificar non si potrebbe, vuoi impugnare il documento medesimo come indegno di una fede che tu prestasti di già, e per una mostruosa contradizione affermare, che credi e non credi la stessa cosa in uno stesso momento?

La legge, tu dici, non dà fede all'atto mancante di questa menzione. Dunque io posso impugnarlo. La legge, io rispondo, non dà fede al documento per tutti gli altri casi *diversi* da questo, ma essa non disse mai di non dar fede nell'ipotesi di circostanze simili alla presente, ed anzi implicitamente disse di prestar piena fede nel caso presente, perchè in questo caso appunto l'urgenza delle prove è tale che toglierebbe per fino ogni presunzione di falso, cui la legge non osò mai di escludere a fronte del presunto adempimento delle formalità tutte da lei prescritte. Supponiamo di fatti il caso inverso, vale a dire che nel documento esistesse la menzione della scrittura fatta dallo stesso notaio, e supponiamo che si volesse per altri argomenti impugnare il documento di falso: se io nella competente sede di giudizio ti convincessi colle prove medesime, che tu mi somministri in oggi, non riescirei forse a dissipare qualunque sospetto di falsità? Se dunque la legge diede una tal forza ai mezzi di prova, che raccogliere ed impiegare si possono nella iscrizione di falso da vincere la prova estrinseca di verità risultante dall'adempimento delle sue formalità civili, e se io con una forza ancor più prevalente potrei distruggere questi mezzi dell'iscrizione di falso, con quanta maggior ragione questi stessi mezzi non dovranno prevalere alla nuda presunzione legale di difetto della solennità, che il legislatore fece sorgere dal difetto della menzione del di lui adempimento? Ora dissipando io con tali mezzi questa presunzione, ne segue che tolto ne debba essere il conseguente effetto della nullità.

Nè dir si potrebbe che il mio assunto riescir possa di pessimo esempiu e trar seco nocive conseguenze: imperocchè, limitandomi io a'mezzi indubitati di prova e facilmente ottenibili, io anzi servo alla legge, intenzione della quale mai si fu di togliere a veruno il suo, quando la prova del diritto emerga vittoriosamente e facilmente; e coll'istituire tale prova non si offende l'incolumità dei diritti altrui, nè si collidono le di lei provvidenze per i casi diversi dal presente.

Qual è finalmente il fine della legge nello stabilire queste formalità e nell'esigerne la susseguente menzione? Esso è propriamente quello di assicurare esternamente la prova di que' fatti, per i quali finalmente la giustizia possa assegnare a ciascuno il suo. In questa operazione il legislatore fa la funzione di semplice protettore del privato diritto: e prova ne sia che le nullità testamentarie non sono assolute, ma puramente relative (1). Se in una vista generale, che abbraccia una folla di casi diversi dal mio, egli volle la nullità per mancanza della menzione suddetta, ciò era giusto; perchè niun'altra ragione prevalente si presentava onde dettare una diversa disposizione, e la tutela della ragion privata esigeva le di lui precauzioni quali furono da lui manifestate. Se difatti il testamento fosse stato fatto molti secoli fa, nè si avessero i mezzi che io ho; se non si potesse facilmente, prontamente ed evidentemente rilevare tutto ciò che io dimostro contro di te, io veggo benissimo, che potendo aver luogo un *dubbio* ragionevole, nè potendosi dissipare questo dubbio con mezzi posteriori, mancherebbe un elemento di piena fede sussidiaria all'atto. E per conseguenza in tutti questi casi supplir non si potrebbe con mezzi acconci di prova, ed assicurare così la sorte delle private fortune; ma questo stesso motivo prova vieppiù in mio favore nel caso mio, nel quale appunto non si verifica la mancanza di questi mezzi prevalenti che costrinsero il legislatore ad emanare la sua disposizione, ed anzi si verifica il

(1) Veggasi la nota n. III.

contrario, cioè un tal complesso di mezzi pronti, facili ed evidenti che trascinano il consenso, e l'azione dei quali è tale che perimere non si potrebbe senza una evidente ingiustizia e senza collidere le mire avute dalla legge nello stabilire l'obbligo della menzione, e senza render la legge incoerente con lei medesima nell'avere accordata l'inscrizione di falso contro un documento rivestito da tutte le formalità da lui volute.

Ben lontano che io possa accusarla di questi vizj, io anzi ne ammiro la estrema circospezione. Ha essa forse ordinato in qualche luogo che le nullità da lei comminate anche nel caso presente siano *irrevocabili?* No certamente. Ha essa vietato espressamente che fuori del documento testamentario non si possano mai ricercar prove nè contro, nè oltre al medesimo? Essa tace perfettamente su di ciò, ed anzi coll'aver accordato l'inscrizione in falso, ha dichiarato di attribuire la forza di mera presunzione alle forme testificative da lei prescritte, in modo che tale presunzione possa essere vinta da un'altra maggiore risultante dai mezzi di prova più convincenti.

Che cosa dunque rimane dopo ciò? La legge essendosi puramente ristretta a prescrivere le forme testificative, nè avendo oltrepassato questo confine senza nemmeno salire ad una regola generale, colla quale si proibisca il desumere prove fuori dell'atto, ha lasciato aperto il campo di far separatamente uso delle medesime in que' casi ne' quali tali prove fossero urgenti, pronte e facili onde accertare della verità delle cose.

Sia pur dunque vero che il documento per se mancante della riferita menzione porti la nullità. Nel caso concreto questa pena si riterrà per pronunciata. Essa resterà ferma fino a che altra fede maggiore non sopravvenga valevole a sgombrare ogni dubbio e perplessità. La legge così avrà il suo effetto pronto ed inevitabile: ma allorchè questi mezzi prevalenti avranno trionfato, egli sarà conforme al voto della legge medesima il ritrattare la pena indotta per altri casi, ed anche per il presente contemplato in una guisa ipo-

tetica, cioè nel solo caso che la prova trionfante sia meramente possibile, e non verificata in fatto.

Un riflesso accessorio giova per me a confermare la mia conclusione. La legge accorda un mezzo per distruggere la fede di un documento confermato secondo le di lei prescrizioni. Il di lei motivo si è di far trionfare per questo mezzo la verità, ed attribuire il conveniente esercizio al privato diritto. Che se tale è la sua intenzione, e perchè dunque non si dovrà egualmente verificare allorquando con maggiore evidenza, prontezza e facilità si tratta di sostenere invece il documento medesimo? L'intenzione non è forse la stessa? La giustizia ed il diritto non importano forse di far trionfare la verità tanto nell'uno, quanto nell'altro caso? Nel caso di confermare la fede del documento vi ha forse pericolo di controvertere qualche altra mira più importante del legislatore? No certamente, per le ragioni già sopra allegate. E perchè dunque introdurre questa disparità, alla quale la legge non resiste, e che anzi è conforme e necessaria alle mire della legge medesima? Qui è impossibile addurre motivo alcuno nè di ragion naturale, nè di ragion positiva; ma anzi e l'una e l'altra, costringendoci ad una parità perfetta, costringono necessariamente ogni giudice e uomo ragionevole ad ammettere nel caso figurato la prova sussidiaria di cui parliamo.

La conseguenza necessaria dal fin qui detto si è, che la nullità pronunciata dalla legge nel caso mio, in cui si tratta del semplice difetto di menzione di una formalità estrinseca e fuggitiva, non è *definitiva*, ma semplicemente *presuntiva*: essa diviene definitiva allora soltanto che i miei tentativi riescano inefficaci ad ottenere la prova trionfante, di cui ho parlato di sopra: ma per ciò stesso che non è definitiva per ministero solo della legge, essa è *rivocabile* mediante i mezzi trionfanti di prova che io adduco, e che voi non potete ricusare. Io non sono audace cotanto da disputare sulla necessità delle solennità stesse fuggitive e della loro menzione nell'atto testamentario, e della nullità presuntiva pronunciata dalla legge. Confesso che se realmente mancasse

qualcheduna di dette solennità, l'atto sarebbe realmente nullo; confesso del pari che riguardar si debba per ministero della legge come nullo anche per difetto di menzione, e che questa nullità debba restar ferma fino alla perfetta riuscita degli esperimenti che io propongo. Ma io impugno la vostra pretesa colla quale tendete a soffocare per sempre il lume delle mie prove, e la voce trionfante della verità che ne può sorgere in onta della volontà della legge premurosa di riscontrare questa verità, e di ubbidire fedelmente ai di lei oracoli.

Invano mi obbiettereste la disposizione dell' art. 1001, la quale abbracciando tanto l' inosservanza delle solennità intrinseche ed estrinseche, quanto delle permanenti e delle fuggitive prescritte dal codice nei testamenti, colpisce l'atto con una stessa reale ed irrevocabile nullità come è evidente, e però fra le dette solennità annoverandosi anche l' obbligo della menzione, la mancanza di questa deve partorire l' effetto: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.*

1.° Dove la legge non distingue, io rispondo, nemmeno noi dobbiamo distinguere, quando un' evidente ragione naturale e positiva non ci sforza a fare distinzione alcuna. Ma allorquando i principj luminosi di ragione, avvalorati anche da altra disposizione positiva di legge, ci sforzano ad introdurre una distinzione, ragion vuole, e la giurisprudenza esige di far valere cotale distinzione, e prova ne sia la interpretazione *limitativa* ammessa in tutti i secoli, e le regole di interpretazioni delle leggi, la prima delle quali si è di scegliere quel senso che è esente da vizio, e di non dare alle leggi altra estensione che quella che vien comportata da tutto il complesso delle altre di lei disposizioni, e che anzi coincide colle mire generali della proposta materia. Dimostratemi di grazia che l' *effetto* che voi volete dare al detto articolo sia esente da ogni vizio, che sia coerente alle mire principali avute dal legislatore *in subjecta materia*, e io mi darò per vinto. Ma se per lo contrario io vi dimostro, che tali mire non si possono ottenere che col mezzo e colle massime da me proposte, voi sarete costretto ad ammettere

la distinzione che io propongo non sul senso o sull'effetto immediato del medesimo, ma sulla conseguenza che voi ne deducete.

2.° Io convengo di buon grado che nella disposizione diretta e propria di quell'articolo 1001, non si possa ammettere distinzione alcuna, perchè io ammetto senza difficoltà che l'atto sia nullo per ministero di legge, tanto per l'omissione reale delle solennità fuggitive, quanto per l'ommissione della menzione del loro adempimento, e con ciò io servo alla regola, che *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* Il punto che io controverto non è se l'atto mancante di menzione sia estrinsecamente nullo, ma bensì se lo sia soltanto presuntivamente. Questo punto cade sulla *natura* e sull'effetto delle nullità pronunciate, mentre voi volete che sia sempre irrevocabile *ipso jure*, ed io lo nego. E però versando noi su d'un oggetto, sul quale la legge si tace, io sostengo che ammettere si debba la distinzione fra l'omissione reale di dette solennità e la semplice omissione della menzione del loro adempimento, di modo che nel primo caso la nullità pronunciata dalla legge sia irrevocabile, ed abbia un effetto perentorio, ma nel secondo caso sia rivocabile e debba essere rivocato, allorchè soltanto la felice riuscita di una prova indubitata e prevalente convinca che l'esecuzione della formalità puramente fuggitiva ebbe veramente luogo. In un punto, nel quale voi ragionate per *induzione*, deve essere pure permesso a me di ragionare nello stesso modo, nè posso essere accusato di controvertere il senso della legge e il di lei effetto proprio ed immediato.

3.° Per quanti sforzi voi facciate per estendere il senso della legge e darle l'effetto di nullità perentoria, sarà eternamente vero che la nullità per difetto di menzione caderà essenzialmente su la *credibilità* del documento e non mai sulla realtà dell'atto, ed altro significar non potrà se non che lo scritto, al quale manca questa menzione, non è degno di fede al cospetto della legge, e come mancante di fede egli è pur mancante di diritto. Per quanta sia l'onnipotenza della legge nel proscrivere come indegno di fede il

documento mancante della menzione, non potrà mai togliere la distinzione che passa fra la omissione della forma puramente testificativa della formalità e l'omissione di una forma reale assicurativa dell'atto, perchè fare giammai potrà che un fatto reale accaduto in natura, e del quale non si vede menzione, non sia veramente accaduto, e che per conseguenza l'azione della legge non vada a colpire la realità delle cose, ma solamente offenda il mezzo di prova estrinseco. È dunque dimostrato per un principio evidente essere metafisicamente impossibile che l'effetto immediato della legge in caso di omissione della semplice menzione possa essere identico all'effetto della reale *omissione* della formalità prescritta; e però è impossibile di evitare la distinzione da me proposta, avuto semplicemente riguardo allo stato reale delle cose.

Ma voi mi dite che ciò nonostante il legislatore poteva produrre nell'uno e nell'altro caso lo stesso effetto di reale nullità, attribuendo all'atto privo della menzione lo stesso effetto perentorio dell'atto realmente privo della prescritta formalità. Io accordo che in questa questione di mera volontà del legislatore ciò sia possibile in astratto, come è possibile che taluno commetta un'azione ingiusta e incoerente. Dimostratemi che, salva la verità e la giustizia, e salva la coerenza dei principj proclamati dal legislatore, ciò sia possibile, ed io accorderò a voi che l'effetto della legge sia nell'uno e nell'altro caso identico. Che cosa finalmente mi obbiettate? Una locuzione generale, la quale non esclude espressamente il mio assunto, a fronte della quale io adduco i fondamenti più irrefragabili onde introdurre la mia distinzione. Sarà sempre vero che dalla sola disposizione espressa della legge non ne viene necessariamente la conseguenza che voi pretendete, perchè in niun luogo il legislatore disse che le nullità da lui pronunciate per la semplice omissione di menzione siano definitive e perentorie, o non piuttosto semplicemente presuntive, ma lasciando la cosa all'impero di evidenti principj di ragione, si è limitato ad una semplice locuzione generale, che ragio-

nevolmente anzi necessariamente ammette questa distinzione, appoggiata eziandio alle altre sue disposizioni, che manifestano questo carattere puramente *presuntivo*, tanto per il caso in cui le formalità tutte appariscano essere state adempiute, quanto per il caso in cui non siasi detto essere stata adempiuta qualche formalità fuggitiva. Difatti non è forse vero che quando il documento esprime l' adempimento di tutte le formalità, si può in forza della legge mostrare altrimenti che ciò non è vero? Qui contro la menzione espressa affermativa inducente a primo aspetto la validità, non è vero che la legge dà diritto a provare il contrario, e che per conseguenza la menzione inducente la validità può essere smentita dappoi colla prova inducente la nullità, e per conseguenza che la forza della menzione favorevole all' atto essendo resa puramente presuntiva non è giammai definitiva, e cede sempre alla forza di prove più convincenti contrarie? Per la stessa ragione adunque contro il difetto della menzione di una semplice formalità fuggitiva, si può ammettere la prova dell' adempimento della formalità sottaciuta, e per conseguenza la nullità emergente da questo difetto, resa egualmente presuntiva, può essere tolta dappoi cogli stessi mezzi; e come nel primo caso la validità presuntiva si converte in nullità positiva, così nel secondo la nullità presuntiva si converte in validità positiva. Nell' uno e nell' altro caso poi esse non cangiano carattere allorchè *inutile* riesce lo sperimento posteriore, e da semplicemente presuntive che esse erano, divengano, mediante questo posteriore sperimento, irrevocabili e definitive. Le cose ridotte a questa parità, presentano tutta la ragionevolezza e la giustizia nel sistema della legge.

Voi mi direte che con questa operazione io *esco* dall'atto per ricavar la prova della validità o della nullità. Ora non è egli certo o almen riconosciuto concordemente dai tribunali, che per pronunciare tanto la validità, quanto la nullità di un testamento non è lecito escire dall'atto medesimo, e supplire altrimenti con prove estrinseche o con probabili induzioni?

A ciò vi rispondo che questo argomento è per me inutile, ed anzi sotto di un aspetto prova in favore della mia tesi. Vi ho detto che è inutile, perchè io concedo che per pronunciare la validità o la nullità *presuntiva* (quale può risultare a prima vista al giudice paragonando la prima ipotesi della legge col documento) non si deve nè si può escire dal documento stesso; se dunque la parte domandi semplicemente d'essere ammessa alla prova suppletoria, il giudice deve pronunciare la validità o la nullità presuntiva, dietro i soli risultati di fatto che presenta il documento quando sul punto di tale validità o nullità versa la questione.

Ma ciò non offende il mio assunto, nel quale io sostengo che *dopo* che la validità o nullità presuntiva è stata riconosciuta, o senza contestazione o per formale sentenza, si possa con ulteriore giudizio rilevare, nel solo caso che manchi la menzione d'una formalità fuggitiva, la verità se sia stata adempiuta. Io pretendo che ciò debba aver luogo sia nel solo caso che s'impugni la precedente riconosciuta validità presuntiva del testamento, sia che s'impugni la riconosciuta presuntiva nullità per questo titolo. Egli è vero che nel primo caso abbiamo il rimedio espressamente stabilito dalla legge che altrove lo accorda, e si tace sull'altro; ma egli è vero altresì che la *identità* di ragione essendo evidente e strettamente connessa per ragion correlativa, non era necessario che la legge espressamente ne parlasse (benchè ciò fosse estremamente utile); e per conseguenza, cadendo questo caso sotto l'impero dell'autorità giudiziaria, di cui in fronte del codice furono ampliati i diritti, questo rimedio deve aver luogo come conseguenza inevitabile delle disposizioni del legislatore.

Ho detto in secondo luogo che questo argomento giova anzi per me; perchè se posto l'obbligo del giudice di non escire dal documento per pronunciare la validità dell'atto, ciò non ostante in separata sede di giudizio si dà luogo a tutti i mezzi onde rilevarne la nullità per titolo delle false menzioni del documento medesimo; per eguale ragione posto l'obbligo di non escire dal documento per pronunciare

la nullità dell' atto per difetto di menzione, e quindi per una semplice presunzione dell' ommissione reale di una formalità fuggitiva, si deve dar luogo di provare in un separato giudizio il reale adempimento seguito e non mentovato nel rogito testamentario. L'argomento pertanto dedotto dal divieto di escire dal documento per affermare, o negare la di lui validità o invalidità, è del tutto inconcludente per escludere il mio assunto; stante che questo argomento è essenzialmente equivoco, perchè abbraccia appunto il caso, nel quale in separato giudizio sono ammissibili altre prove distruttive della presunzione di validità. Volendo poi argomentare da questa circostanza lice anzi trarne l'illazione, che siccome la ragione proposta non esclude questo ulterior giudizio contro l' espressione dell' atto, così escluder non la debba in favore del medesimo.

Voi mi direte finalmente, che tutto il mio discorso fatto fin qui, tende principalmente a provare che la nullità conseguente al difetto di menzione dell'adempito delle solennità fuggitive non è che puramente presuntiva, mentre nasce da un dato, il quale essenzialmente non può essere che una pura presunzione legale. Io veggo, che supponendosi tale presunzione si dispensa da qualunque prova colui a favore del quale essa ha luogo, come dice l' articolo 1352 del cod. Napoleone; ma, proseguendo la lettura di quell' articolo, io deduco che voi non avreste guadagnato la causa, poichè espressamente dispone « non potersi ammettere prova veruna contro la presunzione della legge, quando sul fondamento di questa presunzione essa annulla certi atti, o nega l'azione in giudizio. « Sia pur dunque quanto volete la nullità di cui parliamo puramente presuntiva, essa sarà sempre presunzione legale; sul fondamento della medesima la legge annulla il testamento; non potrà dunque essere ammessa prova veruna contro la medesima, e per conseguenza essa sarà irrevocabilmente definitiva.

A questa obbiezione io vi rispondo; 1.° che il citato articolo non è applicabile alle materie testamentarie, ma ad altri atti per la stessa ragione, che l'art. 1341 esclu-

dente la prova testimoniale in certi casi, e quando non siavi un principio di prova scritta, non è applicabile ai testamenti. Con ciò il nostro argomento non ferirebbe la mia tesi (1).

Ma indipendentemente da ciò, e consultando l'intiera disposizione dell'art. 1352, e proseguendone la lettura, io vi trovo un argomento per me nel caso che la regola ivi stabilita fosse applicabile ai testamenti. Imperocchè il citato articolo prosegue « eccetto che la legge non abbia riservato la prova in contrario, e salvo ciò che è prescritto riguardo al giuramento, ed alla confessione giudiziale ». Da queste parole dell'articolo risulta che la di lei disposizione su l'inammissibilità della prova contro la presunzione legale viene limitata in tre casi, cioè:

1.° Quando la legge non abbia riservata la prova in contrario.

2.° Nel caso del giuramento.

3.° Nel caso della confessione giudiziale.

Volendo applicare ai testamenti il detto articolo ne segue che si potrebbe ammettere la prova suppletoria della menzione di una formalità estrinseca e fuggitiva, onde togliere la contraria presunzione legale nei detti casi. Il giuramento e la confessione potrebbero sempre aver luogo. Verificandosi poi la riserva della prova contraria fatta dalla legge, senza angustiarsi agli ultimi due mezzi di prova, si potrebbero ammettere quelli che fanno indubitata fede di un fatto avvenuto. Ora limitando noi la nostra attenzione a questo punto, noi osserviamo, che questa prova in contrario è stata almeno tacitamente riservata dalla legge in forza di ragion naturale e positiva dedotta da tutti i rapporti del sistema proclamato dal legislatore. Dunque volendo applicare alle materie testamentarie il detto art. 1352, lungi di distruggere il nostro assunto lo conferma anzi più concludentemente. Si noti bene la locuzione di detto articolo; ivi non si dice « eccetto che la legge non abbia *espressamente*

(1) Vedi la nota N. V.

riservata la prova in contrario, » ma semplicemente *non abbia riservata*, lochè abbraccia tanto le espresse, quanto le tacite riserve che evidentemente emergono dalla ragion legislativa, o per dirlo altrimenti non si esclude la tacita riserva che è appunto quella di cui parliamo.

Concludo pertanto doversi bensì ammettere che un testamento, in cui manchi la menzione dell'adempimento di una formalità estrinseca e fuggitiva, debba a prima vista presumersi nullo per ministero della legge, e che per pronunciare questa nullità non debbasi escire dall'atto; di più che questa nullità debba restar ferma fino a che con mezzi privilegiati e speciali non si riesca a supplire alla menzione mancante; ma che per lo contrario sia permesso di ammettere i mezzi privilegiati di prova, che ammettonsi nell'inscrizione di falso, e che risultandone una piena fede dell'adempimento della sottaciuta formalità estrinseca e fuggitiva, debbasi rivocare la nullità presuntiva dapprima pronunciata, allorchè fosse stata contestata, ed a simiglianza della ritrattazione della sentenza, con cui si revoca il giudizio di validità, ritrattare la precedente sentenza di nullità presuntiva (1).

Tutto questo discorso figurato a modo di esempio in bocca di un difensore del testamento, a cui manca la menzione dell'osservanza di alcune formalità estrinseche e fuggitive, e più specialmente nel caso della celebre causa Duchatênet, viene sottoposto ai lumi ed all'equità dei giureconsulti onde pronunciare sulla di loi concludenza.

Conclusione generale.

Nell'argomento delle nullità si debbono considerare *due stati* diversi di cose, cioè quello che riguarda la *costituzione* delle nullità medesime, e quello che riguarda l'uso posteriore che far se ne può. Nel primo stato esse si distinguono in nullità *radicali*, ed in *accidentali*. Le prime colpiscono l'essenza stessa dell'atto, e derivano dal difetto di qualche

(1) Vedi la nota n. VI.

requisito essenziale e costitutivo del medesimo. Le seconde derivano dal difetto di una forma accidentale ossia estrinseca aggiunta all'atto. Queste sono di due classi. La prima *assicurativa* dell'atto; la seconda *testificativa* di ciò che si è fatto tanto per creare l'atto, quanto per assicurarlo.

Per indurre le nullità radicali non vi ha bisogno di alcuna disposizione espressa del legislatore, bastando che egli abbia prescritto i caratteri essenzialmente costitutivi dell'atto medesimo, ed in ciò la legge, sia che si esprima sotto forma imperativa, sia che si esprima sotto forma proibitiva, ne segue sempre lo stesso effetto, cioè la nullità radicale dell'atto

Per indurre poi la nullità accidentale non solamente è necessario che il legislatore stabilisca la forma estrinseca ed accidentale; ma è necessario inoltre che annetta la pena di nullità per la violazione o la ommissione della forma medesima. Nè in ciò vi ha differenza fra le leggi proibitive e imperative; perchè la *connessione* dell'atto accessorio al principale, e la riazione della pena di nullità deve essere espressamente stabilita. Solamente nel caso che avesse vietata isolatamente la data forma particolare, tale divieto opererebbe l'inefficacia della forma stessa presa isolatamente, nè mai trascinerebbe la nullità dell'atto principale.

Distinguendo poi le due classi subalterne delle nullità assicurative, e testificative, nel caso solo che il legislatore le avesse rese condizioni necessarie dell'atto, ed avesse colpita la loro violazione colla pena di nullità, avvi questa differenza, che nel caso della violazione delle forme assicurative, la pena di nullità colpisce l'atto reale, e nel caso della violazione della forma testificativa, ossia dell'ommissione della menzione, colpisce soltanto la prova, lasciando intatta la verità reale delle cose. Può certamente per volontà del legislatore rendersi anche inefficace l'atto principale; ma sarà sempre vero che la funzione proporia della nullità per ragione della menzione colpisce soltanto la *credibilità* estrinseca dell'atto, e mai lo stato reale, e la forza del medesimo.

Passando poi al secondo stato riguardante l'*uso* delle

nullità già stabilite, e ponendo mente alla facoltà di usare o non usare delle medesime, e dei conseguenti effetti di diritto, le nullità tutte si distinguono in *assolute* e *relative*; talchè da questa distinzione in atto pratico si determina la facoltà di usare delle medesime, sia per il privato interessato, sia per altre persone, e si determinano per conseguenza i rimedi che vi sij possono contrapporre, e i conseguenti effetti di ragione.

Nell' uno e nell'altro stato però, cioè tanto per costituire quanto per usare delle nullità, il giudice non ha facoltà veruna, nè per introdurle, nè per estenderle da caso a caso, nè per accordare, togliere o limitare la facoltà di usarne; ma tutto essendo di stretto rigore per lui, tutto deve essere regolato con una chiara, espressa e particolare disposizione della legge.

Ecco il complesso delle nozioni che noi abbiamo creduto conveniente di premettere alle concordanze che ci siamo proposte. Ma siccome la materia delle nullità è fondamentale a tutti i possibili giudicati, tanto di diritto, quanto di procedura, e su di essa non trovandosi che dottrine imperfette e staccate, e giammai un complesso di principj generali di ragion naturale e positiva, che servono di guida nel consultare e giudicare; così io sarò scusato se mi son trattenuto fin qui ad esporre i risultati generali di questa materia.

Supplemento.

Per non ritardare nè interrompere il corso dei ragionamenti con intermedie digressioni sono stato costretto di lasciare senza spiegazione, dimostrazione, o conferma molte cose che pur ne abbisognavano. Supplisco ora colle seguenti note.

NOTE

Nota I.

Della nullità radicale in linea di naturale diritto, e quindi di morale interna risultante da un consenso estorto.

Ad onta della certezza e notorietà degli esposti principj, chi crederebbe che gli scrittori di morale teologia, erigendosi in precettori di naturale diritto, abbiano avuto coraggio di pronunziare, e tuttavia sostengano e facciano adottare la massima che « un contratto strettamente tale fatto in forza di *timor grave ingiustamente* incusso per estorcere un consenso sia *valido* per *naturale diritto*? « Eppure la è così (1).

La loro dimostrazione consiste nel dire che la volontà non è soggetta a vera coazione: e però che il timor non toglie il volontario.

Sarebbemi agevol opra, entrando nei più arcani reccssi delle volizioni umane, dimostrare lo scambio dei termini, che si commette nella prova di questa tesi: ma ragionando di cose di diritto non abbisogno di intraprendere quest'analisi psicologica. Io chieggo invece a' teologi in qualità di maestri di naturale diritto: fra due uomini si debbono o no osservar le regole di giustizia comune? Mi lusingo che diranno di sì. Or bene ditemi: quello che è contrario ai dettami di questa giustizia può egli partorire diritto a favore dell'uomo ingiusto? La ragione mi risponde di no. Ma se

(1) Contractus stricte sumptus ex *metu gravi injuste* ad extorquendum consensum incusso factus, *ex communi sententia validus est.* 1.° Jure *naturae*, quia metus gravis non impedit voluntarium ac liberum sufficiens ad peccatum mortale quando non tollit usum rationis nec sufficientem deliberationem: voluntas enim non potest cogi quo ad actus elicitos: = Antoine *theologia moralis univ. tract. de contract. cap.* 1. *quaest.* 3 *tom. IV. pag.* 21 *edit. Taur.* 1789.

avrebbe mai promesso, non è liberamente pattuire, ma *ubbidire. Res est imperiosa timor.*

Attribuire pertanto il nome, e la forza delle convenzioni a codesta specie d'ingiusta ubbidienza, egli è un sovvertire l'ordine essenziale della giustizia comune, egli è un abusare di ogni nozione morale per tiranneggiare la probità, e far trionfare un brigante criminoso; in una parola, egli è un vestire l'*ingiuria* di diritto. L'uomo in fatto non ha egli il diritto di viver sicuro, allorchè non viola la comune giustizia? La sicurezza non è forse una porzione di que' beni, che egli sotto la protezione dell'ordine ottener deve da' suoi eguali? Ma colui, che incute grave ed ingiusto timore per estorcere una promessa, non viola forse questa sicurezza? Anzi egli reca *ingiuria*, e doppia ingiuria, perchè offende ad un tempo stesso la sicurezza e la proprietà personale. Lungi pertanto che il brigante ingiusto abbia diritto di ottener la prestazione della promessa per grave timore estorta, egli può anzi da quello che è soverchiato esser efficacemente respinto a titolo di difesa, e nella società essere gravemente punito.

Debbo io far osservare una singolar contraddizione negli scrittori che combatto? Essi riconoscono che colui, il quale incute gran timore per estorcere una promessa, commette *ingiuria*. Essi di più attribuiscono all'ingiuriato il diritto di rivendicar ciò che da lui fu per timore ingiusto prestato, ed anzi di rescindere a proprio piacere il contratto stesso, nel mentre pure che dichiarano *valido* l'atto della promessa, e della prestazione: ma dovremo noi forse credere su la loro parola che nell'ordin morale di natura le cose possano essere e non essere? Nello stesso stessissimo atto senz'altra aggiunta racchiudere il titolo a dare ed a ripetere, ossia a dare e a togliere, non è forse lo stesso che racchiudere rapporti legittimi e simultanei a dare e non dare? Egli è dunque un affermare che le cagioni reali delle cose costituenti i titoli di diritto possono in forza delle medesime circostanze reali di fatto racchiudere rapporti contradittorj. Sarà mai dovere d'una creatura ragionevole spingere il rispetto verso

l'autorità fino al segno di rinunciare al principio di contraddizione?

Per questa ragione nulla aggiungerò su la pretesa forza obbligatoria del giuramento estorto per timore ingiusto in un colla pretesa, il quale a senso dei teologi è tale, che il contratto *non* si possa rescindere a piacere dell'ingiuriato. Mi permetterà la teologica gerarchia ch'io le chiegga: come il giuramento abbia forza di fare che ciò che per diritto di *natura* è ingiusto, giusto divenga? Come l'ingiuria si vesta di legittimo e vero jus? Come la religione sia distruttiva del buon ordine sociale, e in contraddizione con se stessa? Come l'uom probo e benefico con danno ingiusto del suo ben essere sia obbligato a servire all'audace brigante? Come in fine stia in balìa d'ogni uom malvagio e ardito, attentando alla sicurezza e strappando il giuramento dalla bocca del suo simile, collocare in cielo l'assurdo ed orrendo diritto del più forte, e portare in terra catene consacrate, colle quali il delitto leghi quando a lui piace le timorate coscienze? Se avessero conosciuta la maniera di dedurre le nozioni morali dalle loro origini; se al mezzo onde esercitare i diritti e i doveri non avessero attribuito le competenze del *titolo* originante, parmi che, volendo costoro opinar di buona fede, non sarebber caduti in questo perniciosissimo assurdo.

Se avessero pensato che la religione è fatta per la società, e non la società per la religione (1), come disse un uomo celebre, sarebbero stati guidati per una specie di sublime presentimento ad un risultato contrario.

(1) *Sabbatum propter hominem factum est, et non homo propter sabbatum* « MARC. EVANGEL. cap. II vers. 27. » disse l'inviato in un caso, nel quale si volevano far contrastare i doveri religiosi coi naturali, considerando che la religione deve servire alla società, come la vela serve al vascello per condurlo in porto.

Nota II.

Su la certezza morale equivalente a mera presunzione negli affari giudiziarj.

Affine di formarsi un' idea su di questo argomento giova riflettere quanto segue:

1.° *La certezza in generale* è quello stato di adesione o di assenso che l'anima prova nell' affermare o negare una cosa in quanto esclude il timore, o il dubbio del contrario; o per dirlo in altri termini « è *l'affermazione* o la negazione di una cosa escludente il dubbio del contrario ».

2.° *La probabilità* è l'affermazione o negazione dell'esistenza di una cosa in quanto *non esclude* il dubbio del contrario.

Siccome il dubbio può essere o maggiore o minore; così in senso inverso la probabilità può essere maggiore o minore.

In astratto quindi si figurano dei gradi. Ma siccome il più ed il meno di un senso confuso è per se irreducibile a quantità precisa, perchè è cosa incommensurabile, così questi gradi non si possono che vagamente limitare, e non sono riducibili a centesimi piuttosto che a millesimi; ma solamente ad un più o ad un meno vago e incommensurabile, come le divisioni finite nelle quantità *irrazionali* matematiche.

In generale per altro si può dire, che questi gradi sono determinati dalla maggiore o minore quantità degli argomenti. Ossia meglio dalla maggiore o minor *forza* morale (ossia di credibilità) degli argomenti che inducono l'affermazione o la negazione.

3.° *Il dubbio perfetto*, che dicesi anche assoluta incertezza, si può pareggiare allo *zero*. Quando da una parte prevale il sentimento verso l'affermativa o la negativa, comincia a nascere la probabilità per il *sì* o per il *no*, la quale fino ad un dato punto non è che *sospetto*, e indi diviene

presunzione, che giunge alla convinzione senza divenir però mai certezza.

La certezza, come ognun sente, non può aver gradi. Essa è uno stato unico e indivisibile dell' anima umana. Al momento che fosse suscettibile di più o di meno ammetterebbe il dubbio, epperò cesserebbe di essere certezza. Allora diverrebbe probabilità che va a finire in zero. È dunque un assurdo massimo il voler dividere la certezza come una focaccia, e il sottoporla ad una espressione razionale. Si potrà bensì ammettere la probabilità indefinitamente, ma giammai si giungerà a ragguagliare la certezza, come da un dato punto di una linea paralella superiore tirando millioni di linee ad una paralella inferiore si andrà sempre diminuendo l' angolo primo, e si accosterà alla paralella, ma non si raggiungerà giammai. Indefinita dunque è la distanza fra la probabilità e la certezza.

Ogni teoria adunque in cui si suppone il contrario è evidentemente erronea; e quindi erronee sono le conseguenze, e false sono le regole che si volessero dedurne.

Poste queste premesse ne segue che i mezzi di prova che servono ad indurre, tanto la certezza, quanto la probabilità, hanno tutti una certa forza persuasiva assumendoli o separati o riuniti; ma fra di essi vi passa una grande differenza per la differenza dell' effetto che producono sullo spirito. Avvegnachè quando producono la perfetta adesione dell' anima, ossia la certezza, assumono lo stretto nome di *dimostrazione*. Per lo contrario quando non producono che la probabilità, cioè a dire un giudizio affermativo o negativo misto di dubbio, acquistano il nome di *presunzione*, la quale lascia sempre luogo alla perfetta dimostrazione per il sì o per il no mediante que' mezzi coi quali escludere si può il dubbio.

Forse si ricercherà da che derivi la *forza dimostrativa* degli argomenti che producono nell' anima lo stato della certezza e della presunzione? Facile è la risposta. Essa deriva dalla *connessione* del fatto noto col fatto ignoto, in modo che escluda la esistenza di altri fatti diversi; in una parola

essa deriva dalla *connessione* di causa e di effetto, o almeno di contemporanea o successiva ordinaria apparenza, in maniera che nella certezza si vegga che niun altro effetto può derivare se non quello che vien contemplato, e nella probabilità si vegga essere conforme all'ordine conosciuto delle cose, che più spesso ne nasca l'effetto contemplato, che qualunque altro che ne può in astratto avvenire. In questa connessione più o meno esclusiva sta propriamente *la concludenza o inconcludenza* della prova: e così la prova è perfettamente concludente quando tra il mezzo di prova ed il fatto contemplato passa una tal connessione, che ne venga escluso qualunque altro fatto non contemplato. La prova poi è più o meno concludente a proporzione del maggior numero di effetti diversi che si escludono, e quindi a proporzione che ci accostiamo alla connessione necessaria, ed esclusiva.

Da ciò è manifesto che mediante ogni specie di connotati, più o meno esclusivi della esistenza di effetti diversi, altro non si produce se non che un senso di probabilità, e quindi altro non s'induce entro certi limiti che presunzione; e siccome vari sono i gradi di probabilità, vari sono pur quelli della presunzione. Si scorge quindi, che una presunzione ne può vincere un'altra, e dar luogo alla predominante, come appunto accade fra le prove civili e criminali. Ma tutto finalmente è presunzione; perchè non si giunge mai ad escludere il dubbio dell'esistenza dei fatti diversi o contrari: quindi l'argomento non si riduce mai ad una perfetta dimostrazione.

Ho indicato *certi limiti* parlando della presunzione. A ciò fui condotto dal riflettere, che nell'applicazione che si suol fare della parola presunzione, non si suole indicare qualunque grado di impressione sulla nostra coscienza propria del sospetto, ma bensì si limita il concetto ad un tale grado di probabilità da cattivare un giudizio più fondato. Quindi si distingue la *presunzione* dal semplice *sospetto*. Sembra che il sospetto per un lato appartenga alla incertezza, e per l'altro estremo, per il quale egli si accosta alla credibilità, appartenga alla presunzione.

Si potrebbe quindi dividere in tre grandi stadi tutto il campo della affermazione e negazione della esistenza delle cose, cioè *sospetto*, *presunzione*, *certezza*. Tutto ciò riguarda l'intimo convincimento dell'uomo; il *soggetto esterno* poi, a cui questi stati della mente si riferiscono, si è *l'esistenza* di un *fatto passato e presente* di una cosa qualunque. Quanto al *futuro*, ha luogo la più o meno certa predizione dedotta pure dalla connessione più o meno certa delle cose, che costituisce la più o meno certa previdenza che viene espressa dalla predizione.

Considerando poi i *mezzi* coi quali si induce il sospetto, o la presunzione, siccome essi realmente non sono che fatti in quanto possono avere una connessione più o meno stretta con altri, e mediante questa connessione farci giudicare della esistenza di questi, così generalmente assumono il nome di *indizio* in quanto appunto indicano per tale connessione la cosa non apparente direttamente alla nostra cognizione. *L'indizio* non si può confondere colla presunzione o col sospetto, come non si può confondere la cagione coll'effetto. Esso è suscettibile di gradi diversi produttivi appunto dei gradi diversi di presunzione e di sospetto. Ad una forte presunzione corrisponde un indizio urgente o più indizi riuniti che inducono la presunzione urgente: ad una minor presunzione corrisponde un indizio meno urgente o ad una somma di indizi che inducono una minor forza persuasiva. Al lieve indizio finalmente corrisponde il sospetto.

La presunzione risultante da uno o più dati che stanno per se, e che rendono una cosa probabile, può essere confermata da un'altra circostanza di fatto indipendente dai dati che la rendevano di già probabile. Allora la mente, considerando questa aggiunta, attribuisce il nome di *aminicolo* all'indizio o fatto aggiunto. La distinzione per altro è puramente estrinseca e deriva solamente dal modo di argomentare.

L'idea di *segno* riveste un doppio aspetto. Il primo è quello in cui dinota necessariamente una cosa. Allora fa giudicare anche con certezza della cosa medesima. Così il fumo

indica la certa esistenza del fuoco. Il secondo aspetto è quello in cui viene considerato come connesso ad un altro fatto in qualità di circostanza precedente concomitante o conseguente. Se manchi l'unica e certa connessione col fatto principale, e solamente esiste una connessione più o meno probabile, egli diventa propriamente un *semplice indizio.* Il segno per se cade sotto ai sensi; la connessione sua necessaria ed unica col dato fatto induce la certezza, ed allora il segno tien luogo di piena prova.

La connessione poi coll' eventuale altro fatto principale induce il sospetto e la presunzione; ed allora il segno tien luogo d' indizio più o meno concludente, a proporzione che egli si trova naturalmente connesso ad un numero minore o maggiore di altri fatti. Segue finalmente la *congettura*, la quale si occupa tanto del passato, quanto del futuro, tanto delle cose palesi, quanto delle occulte. Essa ha in mira tanto la esistenza, quanto le qualità delle cose; tanto di indovinare gli eventi, quanto di squittiniare il senso non palese dell' altrui volontà. I *giudizi* che derivano da questa operazione (che devesi piuttosto considerare come un processo inquisizionale della mente che come sentenza) assumono il nome della funzione che li preparò; ed allora non sono realmente diversi dal *sospetto*, dalla *presunzione* e dalla *convinzione*. L' effetto proprio della congettura, prima della conclusione generale, non può essere che sospetto o presunzione.

Tutte queste osservazioni erano necessarie per prevenire ogni confusione e scambio di idee nell' usare delle precedenti denominazioni, sulle quali già scrisse il Menochio, le di cui idee furono riportate nel repertorio del sig. Merlin. *V.° Prescription* §. 1.

Negli affari pratici si debbono necessariamente considerare le cose in un senso concreto, individuale, complesso e continuo; perchè tale è il vero stato loro. Il concetto generale, astratto ed isolato è cosa del tutto artificiale: è una specie di manifattura della mente umana fatta per aiutare le di lei forze limitate. I buoni metodi logici servono alla men-

te come le strade, i cocchj, e le navi servono alle nostre gambe. Un viaggio è più lungo a proporzione che le gambe sono più corte. Il viaggio che avrebbe costato al micromega di Voltaire tre soli passi e pochi minuti di tempo, costa ad un abitante della terra un'intiera giornata. Le scienze sono tanto voluminose perchè noi siamo tanto limitati. Dal riflettere che gli affari pratici si debbono necessariamente considerare in uno stato concreto e connesso, ne viene che ogni specie di certezza forma oggetto della giurisprudenza, perchè ogni specie di verità può formare oggetto delle sue considerazioni.

Due sole specie di verità possono esistere rapporto ad ogni individuo, avuto riguardo ai modi coi quali si acquista. La prima dicesi di *osservazione*, e questa si riferisce all'*esistenza dei fatti* che accadono in lui e fuor di lui, nella quale entra anche la relazione di causa e di effetto. La seconda dicesi di *riflessione*, e si riferisce alle *qualità* ed alle *relazioni*, che questi fatti, quali si presentano allo spirito, hanno fra di loro, sia che paragoniate un fatto con un altro, sia che paragoniate una parte con un'altra dello stesso fatto.

Le cognizioni dei fatti non sempre si acquistano da ognuno per osservazione *propria*; ma il maggior numero di esse ci pervengono per osservazione *altrui*, nel che si comprendono quelle delle generazioni passate, lo che forma una parte importante della eredità dei nostri maggiori, che conservata ed aumentata da generazione in generazione, (1) estende

(1) Quando voi insegnate al fanciullo a conoscere l'alfabeto, voi non considerate che effettivamente a lui regalate il frutto di centinaia di secoli, e risparmiate a lui ed alla sua generazione tutti gli incomodi che derivarono dalla mancanza della scrittura. Parimenti quando ponete sotto al di lui occhio una carta geografica, voi gli regalate il frutto di centinaia di viaggi e di migliaia di osservazioni e di fatiche fatte da altri, e con ciò a lui somministrate il mezzo onde risparmiare mille pene e mille errori che dalla ignoranza dei luoghi lontani a lui deriverebbero. Così con questi mezzi compendiosi voi accorciate il viaggio di migliaia di secoli alla generazione attuale, e per un salto prodigioso voi sorpassate tutte le gradazioni

ogni dì più le conquiste della mente umana, aumenta di secolo in secolo la potenza degli individui, e degli stati, e fa servire le cose al bene comune. L' uomo, come disse il gran Bacone, tanto può quanto sa, e la natura non si vince e non si fa servire che secondandola: ma per secondarla conviene ben conoscerla, e quindi non si fa servire che ben conoscendola. Posto che due fonti vi hanno onde acquistare la cognizione dei *fatti*, cioè l' osservazione propria e le osservazioni altrui, e non venendoci trasmessa questa cognizione che mediante la *narrazione fedele* dei medesimi, noi rileviamo che la cognizione dei fatti si distingue in *esperimentale* e *tradizionale*. Dalla prima sorge la evidenza di fatto, che crea la certezza assoluta. Dalla seconda la certezza morale, fondata sui principj della credibilità, i quali, risolvendosi finalmente in una legge certa della natura umana, trovano in astratto un primo fondamento di certezza assoluta. Ma considerandoli in senso pratico e concreto, siccome non escludono mai la possibilità almeno metafisica di un inganno per parte altrui, così non producono giammai la certezza assoluta, ma solamente un sommo grado di probabilità, che regola per altro definitivamente tutti gli affari umani. « La *certezza morale* pertanto può definirsi qual sommo grado di *probabilità* dell' esistenza di una cosa, risultante così dalla fede prestata all' altrui asserzione fondata sulle leggi costanti della natura morale dell' uomo, che il dubbio del contrario si riduca ad una mera possibilità metafisica destituita da ogni

lente e penose a cui dovettero andar soggetti i vostri maggiori. I progressi dell' individuo sono inseparabili da quelli della società, e questi sono inseparabili da quelli delle generazioni antecedenti. La storia quindi filosofica dei progressi dell' umano intendimento incomincia coll' infanzia del mondo, cammina coi secoli e va a perdersi nel seno dell'eternità. Lice per altro osservare quanto imperfetta sia ancora la nostra filosofia, la quale non avendo ancora sorpassato i primi ed astratti rudimenti dell' individuo umano considerato isolatamente, non ha peranco spinto lo sguardo dove pur poteva giungere, connettendo i fatti ipotetici della filosofia colla storia verace delle popolazioni della terra.

dato di fatto positivo. » Tale è per esempio, per colui che non vide Roma o Parigi, la certezza dell'esistenza di queste due città.

Tutte le cure del legislatore essendo precipuamente rivolte ad ottenere questa specie di certezza, egli è obbligato a conoscere: 1.° Le fonti di questa certezza, ossia i fondamenti della fedele narrazione, tanto rispetto allo stato delle cose, quanto rispetto ai motivi di chi la espone, onde ottenere l'esposizione di *tutto* lo stato della cosa con *veracità*. 2.° Egli è tenuto inoltre in vista delle condizioni scoperte, ossia dei requisiti propri dei motivi di credibilità, a proporre tutti i mezzi propri a produrre la fede, e quindi a prevenire l'imperfezione o la menzogna.

Ma siccome da una parte il legislatore non crea i fatti o non ne regola direttamente gli eventi, ma solamente può comandare agli uomini di usare certe precauzioni onde ottenere le desiderate probabilità; e dall'altra parte le fonti ed il valore di tali probabilità sono di lor natura *oltre* ogni potere umano, perchè unicamente derivano dai rapporti reali e necessari della natura, così per quanto si voglia concepire grande e possente l'impero della legge, le di lei *presunzioni* saranno sempre soggette alla forza della natura, e cederanno sempre a quella che dicesi verità, ossia all'evidenza di fatto. L'opinione della somma sapienza di chi dettò la legge potrà bensì far presumere che egli non abbia scelto come argomenti di presunzione o grave o leggera, se non quelli che come tali appariscono in natura, ma questa opinione non potrà mai distruggere la regola che la presunzione dovendo cedere alla verità, la presunzione pur della legge non debba cedere all'evidenza di fatto.

Sopra fu osservato che negli affari umani entra ogni specie di effetto e fisico e morale, e per conseguenza ogni specie di verità, di certezza o di probabilità entra come elemento di cognizione o di precetto. Noi abbiamo parlato della certezza morale fondata sulle leggi costanti della costituzione morale dell'uomo. Per egual ragione considerar si deve ogni altra specie di certezza e di probabilità risultante dalle altre

leggi tutte dell'ordine universale della natura. Sotto di questo rapporto si deve far uso della *certezza fisica* distinta dalla certezza morale. La certezza fisica si riferisce all'esistenza dei fatti naturali, che altrimenti appellaosi fenomeni. Dall'ignoranza delle cagioni fondamentali e dall'azione dei congegni segreti che fanno muovere la gran macchina dell'universo, e dal considerar quindi che la spiegazione dei fenomeni consiste unicamente nell'indicare la connessione fra un effetto incognito e particolare, ed un altro effetto più cognito e generale, noi troviamo che tutte le umane generazioni sono costrette a ridurre i fondamenti della loro certezza all'osservazione di ciò che accade, e da ciò che fu costantemente, o che almeno apparve, argomentare su ciò che non è ancora accaduto o che non consta abbastanza per evidenza di fatto (1). La costanza o la variabilità dell'avvenimento, considerato nel corso naturale delle cose, somministra la certezza o la probabilità dell'altro avvenimento di cui si va in traccia. La maggiore o minore variabilità somministra i gradi della maggiore o minore probabilità. Sotto di questo aspetto entra anche la specie umana per tutti i rapporti fisici che essa sostiene colla natura. La medicina fonda così i suoi pronostici.

Questa specie di verità o di probabilità entra pure nelle considerazioni della giurisprudenza, tanto nel diritto statuente, quanto nella procedura; di modo che la legge è costretta ad averla in mira, tanto nello statuire, quanto nell'ordinare una prova, e nell'assegnarne il valore, la costanza, frequenza o variabilità dei fatti che accadono in natura risultanti da un corso esteso di osservazioni. Per questa ragione fu di già sopra avvertito, che ogni specie di argomento o certo o presuntivo deriva dalla connessione di causa ed effetto o di costante apparenza o successione o mediata o immediata tra il fatto certo e noto, ed il fatto incerto ed ignoto: e da questa maggiore o minore connessione esclu-

(1) Nelle cose fisiche si può dire che la natura manifesta le disposizioni del suo codice, ma ne nasconde i motivi.

siva di varietà nel produrre altri effetti, si deduce la maggiore o minore concludenza di un dato mezzo di prova.

La giurisprudenza sì antica che moderna va perfettamente d'accordo colla filosofia.

1.° Riguardando la natura della presunzione, che viene espressa colla definizione, fu detto che le presunzioni *sunt conjecturae ex signo verisimili ad probandum assumptae, vel opiniones de re incerta, nec dum penitus probata* (1). Indicandosi qui la connessione delle cose per *verosimiglianza*, si indica perciò stesso la semplice probabilità che inchiude il dubbio. Alciato deriva la parola *presunzione* da quella di *sumere* e di *prae*, perchè la presunzione fa ritenere qualche cosa per vero, *sumit pro vero*, prima che ne siano state fatte altre prove, *prae* (*idest ante*) *quam aliunde probetur*. Questa qualità della presunzione forma il distintivo carattere che la separa dalla dimostrazione ». Questa (dice Pothier parlando della piena prova) fa fede direttamente e per se stessa d'una cosa: la presunzione fa fede per una *conseguenza* tratta da un'altra cosa. « Il codice Napoleone coerentemente a queste idee ha definito nell'articolo 1349 *le presunzioni essere conseguenze che la legge o il magistrato trae da un fatto conosciuto ad un fatto sconosciuto.*

2.° Riguardando poi alla *fonte* d'onde nascono le presunzioni, fu stabilito, che esse debbano dedursi da quelle cose che sono *verosimili*, e più *frequentemente* accadono. *Inspici solet*, dice la *leg.* 114 *ff. de reg. jur.*, *quod verisimilius est aut plerumque fieri solet.* Qui opportunamente nota Gotofredo, *credibilius, magis rationabile. Non verisimile credibile non est, nec attenditur: pro eo non praesumitur, imaginem habet falsitatis. Verosimile ducitur ex more consuetudine iisque fieri solent. Solita sunt frequentius, communi opinione, natura, qualitatibus rei vel personis, tempore et aliis conjecturis.* Sebbene nella definizione del Cod. Napoleone manchi la nozione direttrice, al lume della quale

(1) Voet *ad pandect. lib. XXII. tit. III. n.* 14.

valutare si possa la presunzione, ciò vien supplito dalla ragione e dall'autorità, la quale come insegnò Cujaccio addita, che *ex eo quod plerumque fit ducuntur praesumptiones* (1).

Le cose *consuete* prevalgono alle frequenti, quindi fu insegnato, che *validissima est praesumptio quae deducitur a solitis* (2).

3.° Riconoscendosi che le presunzioni seguono la scala delle probabilità, fu riconosciuto che altre di loro natura sono più forti, ed altre più deboli, secondo che i fatti che servono di connotati inducono una maggiore o minore probabilità: e quindi fu stabilito il canone che la più forte presunzione fa cessare la più debole, e le une e le altre cedono sempre alla forza propria della dimostrazione, che manifesta la verità e induce la certezza. Questo canone dedotto dalla *leg. si chirographum* 24 *ff. de probat.*, e da altre leggi viene proclamato dai giureconsulti anteriori (3).

Questa distinzione viene supposta anche dal cod. Napoleone, il quale distinguendo le presunzioni stabilite dalla legge da quelle che sono lasciate alla dottrina e prudenza del magistrato, ha supposto che la legge abbia trascelto le più *gravi*, ben conoscendo che le fonti ed il valor loro reale, essendo oltre ogni umano potere, la presunzione della legge non poteva prevalere alle altre se non per un' *intrinseca forza* maggiore degli argomenti tratti dalla natura.

4.° Dalla considerazione delle leggi di ragione passando a quella delle leggi *positive*, la più vistosa distinzione fatta nell'antica e nella nuova giurisprudenza fu quella delle presunzioni della *legge* (4) da quelle dell' *uomo*. La prima si

(1) Paratitli sul codice Giustinianeo *tit. de praesumpt.* Vedi inoltre Richer. *jurispr. univers. tom. I.* §. 420.

(2) Richer. *lib. I.* §. 192 del suo trattato preliminare sulle leggi.

(3) Ved. Richer. *lib. II.* §. 854 e 1492.

(4) I vecchi giureconsulti per un lodevolissimo motivo suddistinguevano la presunzione *juris*, da quella che dicesi *iuris et de jure*, e davano loro diversi effetti. Questa suddi-

definiva da Alciato: *dispositio legis aliquid praesumentis, et super praesumpto tamquam sibi comperto statuentis.* Questa definizione adattata alla situazione ed alla funzione del legislatore nell' atto di formare la legge, cede il luogo ad un' altra definizione totalmente pratica, e quale può servire al magistrato. Essa fu allegata dal celebre Voet coi seguenti termini: *juris praesumptio dicitur quae ex legibus introducta est, ac pro veritate habetur donec probatione aut praesumptione contraria fortiore enervata fuerit* (1). Coerentemente a questa idea nell' art. 1350 del codice Napoleone la presunzione legale fu definita, *quella che da una legge speciale fu annessa a certi atti o a certi fatti*, e fu aggiunto nell' art. 1352 *che essa dispensa da qualunque prova colui a favore del quale essa ha luogo.*

La ragione per altro suggerì che questa presunzione legale debba cedere alla verità, malgrado che essa sia raccomandata all' autorità imponente del legislatore; imperocchè la forza di persuadere non può derivare che dalla sola qualità naturale dell' argomento fondato sui rapporti reali e necessari della natura delle cose; e quindi fu stabilito, tanto per autorità civile, quanto per quella del diritto canonico, che

stinzione non fu espressa dal cod. Napoleone. In materia di prove dirette di un fatto singolare, sulla verità del quale si disputa, e sulla quale il giudice deve pronunciare, tale suddistinzione sembra inutile. Vi sono certamente certe presunzioni generali che servono di fondamento *tacito* a molte disposizioni di legge; ma queste molte volte non entrano come prova negli affari, ed alcune sono veri supposti che non ammettono prove in contrario.

Tali sono quelli che si fondano sulla debolezza del sesso, dell' età, sulla parzialità dedotta dall' interesse. La legge per esse presume *incapace* la persona a fare o testificare un atto, benchè in fatto accada talvolta che la persona non possa essere accusata del difetto presunto dalla legge. Noi parliamo delle presunzioni che servono di mezzo di prova di un fatto singolare ed eventuale, della di cui esistenza o non esistenza ancor non consta, ma si disputa ancora, e si vuol provare con induzioni reali probabili. Qui la detta suddistinzione è inutile.

(1) Voet *ad pand. lib.* 22 *tit.* 3 *n.* 15

formavano il diritto comune anteriore, che la presunzione della legge cede alla verità ossia alla dimostrazione, purchè della verità stessa consti pubblicamente. « *Quod in foro civili servatur,* dice il lodato Richeri, (1) MODO DE VERITATE PUBLICE CONSTET; al che sembrano alludere le eccezioni stabilite nell'art. 1352 del codice Nap., colle quali si rende omaggio alla verità, concordemente a quanto insegnarono i vecchi giureconsulti, e segnatamente il Mascardo nella sua opera *de probat. verb. praesumptio juris et de jure.*

Quanto alle altre presunzioni che non sono stabilite dalla legge (e che anticamente furon dette presunzioni dell'*uomo*, perchè furono abbandonate alla dottrina ed alla prudenza del magistrato), seguendo la ragion delle cose onde renderle operative, e non autorizzare il capriccio del giudice, fu stabilito che dovessero riunire le seguenti condizioni, cioè:

1.° *Gravità:* 2.° *precisione;* 3.° *concordanza.* (Codice Nap. art. 1553). La *gravità* e la *precisione* sono caratteri *perpetui* per distinguere la *presunzione* di cui deve far uso il magistrato nel giudicare, dal semplice *sospetto.* Con ciò la legge dice in sostanza: che nel giudicare il magistrato non dee lasciarsi guidare da meri sospetti o leggieri argomenti. La *concordanza* poi è un carattere speciale al caso nel quale *molti* argomenti concorrono ad indicare lo stesso fatto. Coll'imporre la concordanza la legge espressamente prescrive, che il giudice non deve tener conto della moltitudine degli argomenti, allorchè essi si collidano o si distruggano: ma deve accordar loro la sua fede allorquando solamente tendono allo stesso punto di dimostrazione, e con ciò producono una grave e precisa convinzione (2). Con

(1) RICHER. *lib. II. tit. VII.* §. 452.

(2) Qui giova riferire un passo del sig. DANTY riportato nel repertorio del sig. MERLIN ne' seguenti termini: « Poichè siamo obbligati talvolta di ricorrere alle presunzioni, e ciò accade allorchè mancano le prove o scritte o testimoniali, ne segue che la legge riguardar debba le presunzioni come altrettanti testimoni; poichè sulla fede di queste presunzioni ella

questa savia disposizione la legge spinge il suo impero fin dove può giungere per proteggere i diritti civili; e non potendo fissare regole speciali, assegna almeno un canone generale direttivo sanzionato dalla ragione, e autorizzato dall' equità.

Per appendice e lume di quelli che bramassero di agevolare l' applicazione di questi principj col soccorso delle autorità (avendo in questa parte il nuovo codice lasciato il

determina il suo giudizio; e per conseguenza esse debbono avere le stesse qualità che la legge ricerca nelle deposizioni dei testimoni per prestarvi un' intiera fede. Ora la prima qualità di una deposizione si è, che ella deve essere grave e precisa; la seconda che una deposizione deve essere chiara e giusta; la terza che questa deposizione non debba essere unica. *Unus testis nullus testis* ».

Ognuno s' avvede che in questo passo domina una cattiva logica.

1.° Si pone che gli argomenti di presunzione debbono avere le condizioni della deposizione testimoniale, perchè spesso in giudizio si fa uso delle presunzioni in mancanza delle deposizioni. La identità dell' *effetto* inteso (cioè il far fede) non rende necessaria la simiglianza del mezzo, quando il fine si può ottener altrimenti. Se valesse il principio del sig. Danty, tutti i mezzi di trasporto dovrebbero avere i caratteri proprj delle carrozze di città.

2.° I caratteri di *chiarezza*, *giustizia* e *moltiplicità* che esso deduce da questa premessa, sono, rispetto alle presunzioni, cose senza senso. Capisco benissimo che quando un uomo parla deve parlar chiaro, perchè il giudice possa argomentare coll' appoggio di una deposizione testimoniale. Ma in un argomento, o di fatto intuitivo, o di una legge di natura, si pone mente alla *concludenza logica* e reale. La *giustizia* nella deposizione testimoniale risultante dalle forme tutte di un esame è indispensabile per legge. Ma come applicare questa idea ad un argomento di presunzione somministrato dalla natura o dall'accidente? La *moltiplicità* finalmente dei testimoni, per la regola vecchia *unus testis nullus testis*, come potrebbe essere regola *perpetua* nei giudizi di presunzione, ne' quali una sola presunzione vince talvolta mille deposizioni? Il ragionare così a simili fra cose disputate, benchè tendano allo stesso fine, è un vero abuso.

più libero impero alla sana ragione) si potranno consultare i seguenti giureconsulti, come i più segnalati, cioè GUIDONE PAPA nel suo trattato delle presunzioni, che si trova nella collezione così detta *tractatus tractatuum tom. IV. fol.* 400 *e segg.*, ALCIATO *de praesumptionib.*, MENOCHIO sullo stesso argomento, MASCARDO *de probat.*, MANTICA *de tacitis et ambiguis*, ed inoltre *de conjecturis ultim. voluntat.* L' eccellenza delle opere di Menochio e Mascardo avea eccitato il desiderio nel celebre LEIBNITZ di racchiudere i risultati delle loro dottrine in alcuni canoni generali.

NOTA III.

Sulla norma fondamentale onde distinguere le nullità assolute dalle relative in materia civile.

Le massime sovra esposte sulla distinzione delle nullità in assolute e relative sono confermate dalle dottrine del repertorio di giurisprudenza del sig. Merlin. Due sono le questioni che si debbono esaminare; la prima *che cosa* debba intendersi sotto il nome di nullità assoluta e di nullità relativa; la seconda *a chi appartenga* il diritto di farne uso.

Sulla prima questione dice il citato sig. Merlin:

« Si distinguono due sorte di nullità, l' una *assoluta*, *relativa* l' altra. La prima può essere allegata da chiunque; la seconda non può esserlo se non da quelle persone in favore delle quali è stata pronunciata. »

« La nullità *assoluta* è quella che deriva da una legge il cui principale motivo sia l' interesse pubblico. »

« La nullità *relativa* si è quella che non interessa fuorchè determinate persone. Benchè lo scopo della legge (dice Dunod) sia sempre l' interesse del pubblico e della società; la veduta di un tale interesse è sovente rimota, e la legge in allora considera principalmente nel suo divieto e nelle nullità che pronuncia l' interesse de' privati; *primario spectat utilitatem privatam*, *et secundario publicam.* I privati sono

quelli che approfittano della sua disposizione, ed il suo divieto in tal caso produce una nullità che chiamasi rispettiva; perciocchè si considera che questa nullità non interessi se non che colui a favore del quale è pronunciata; egli solo pertanto può prevalersene e proporla: e se altri il facessero, a ragione si opporrebbe loro ch' eglino si fondano sul diritto altrui: » Repertoire univ. de jurispr. *V.° Nullité* §. 2.

Quanto alla seconda questione riguardante la facoltà di far *uso* dell' eccezione di nullità, prosegue il detto sig. Merlin.

« Convien distinguere . . . . . Le nullità assolute dalle nullità relative. »

« Le nullità assolute potendo essere allegate da chiunque, e niuno avendo la facoltà di togliere altrui l'esercizio de' suoi diritti; è manifesto non esservi consenso che sanar possa una cotale nullità RISPETTO AI TERZI. »

« Ma per lo meno l' assenso non costituisce egli rispetto a colui che lo ha prestato un motivo d' inammissibilità contro l' allegazione che personalmente ei volesse fare in seguito di una nullità assoluta? »

« Egli è difficile il poter prescrivere in proposito una regola precisa. Quel che dir possiamo siccome generalmente più approssimativo alla verità si è, che il giudice dee mai sempre in siffatta materia occuparsi a conoscere colla scorta delle circostanze da qual lato sia l' interesse pubblico, e formare di un cotale interesse il fondamento della sua decisione. Importa allo Stato di non turbare i possessi coll' ammettere troppo facilmente la nullità di un atto a favore delle parti che ne abbiano di già riconosciuta la validità. Ancor più importa allo Stato di non tollerare con una pericolosa indulgenza atti colpiti di nullità assoluta. Le leggi non avrebbero più forza qualora non se ne assicurasse l' esecuzione co' necessarj esempj. Il timore del primo inconveniente si è quello che fa talvolta ascoltare i motivi d' inammissibilità, ed il timore del secondo quello che impedisce sovente d' averli in considerazione. Il dovere del giudice con-

siste nel discernere in ciascun caso se maggior pericolo s'incontri per il pubblico distruggendo l'atto contro cui si reclama, di quello che confermandolo. »

« Non si può per altro disconvenire, che nella classe delle nullità assolute ve n'ha di quelle, che i privati non potrebbero allegare dopo avere assentito all'esecuzione dell'atto che ne è affetto. »

« Così a termini dell'art. 186 cod. Nap., il padre, la madre, gli ascendenti e la famiglia, che hanno acconsentito al matrimonio contratto nel caso dell'articolo antecedente, cioè nel caso in cui gli sposi non fossero giunti all'età legittima, non sono ammessi a proporne la nullità. »

« Così a termini dell'art. 195 dello stesso codice, quando vi è possesso di stato, ed è presentato l'atto di celebrazione del matrimonio, i conjugi non sono rispettivamente ammessi a dimandare la nullità di quest'atto. *V.° Nullità* §. 3. »

Lo stesso avviene anche nella procedura civile rispetto a certe nullità assolute che appartengono alla procedura propriamente detta riguardante gli *atti della parte*. « Una parte (dice altrove il lodato sig. Merlin) non è ammissibile a proporre come motivo di cassazione una nullità anche di ordine pubblico che risulti dal suo proprio fatto, e voi (parlando ai giudici di cassazione) l'avete giudicato cento volte segnatamente rigettando ricorsi in cassazione fondati sulla mancanza di citazione precedente in conciliazione, per parte degli attori originarj divenuti attori in cassazione. » (1)

Parlando di questa specie di nullità assolute fu detto che esse riguardano gli attori, ossia le incumbenze proprie di procedura delle parti litiganti. Questa specificazione fu aggiunta affine di distinguere questa sorta di nullità da quelle altre nullità assolute che nascono dal titolo della incompetenza, le quali possono essere sempre prodotte in qualunque stato di causa, nè possono mai essere sanate col consenso della parte, come è troppo noto, e fu ripetutamente dichia-

(1) *V.° Section des tribunaux* tom. 8 pag. 258. MERLIN questions de droit.

rato da'decreti imperiali, e da decisioni moltiplici già allegate nel Giornale di Giurisprudenza. Quando parliamo del titolo d'incompetenza noi vogliamo indicare specialmente quella che dicesi *ratione materiae*, distinguendola dall'altra incompetenza che deriva dalla qualità personale o dal domicilio. L'incompetenza per ragion di materia si verifica tanto fra le autorità giudiziarie sole, quanto fra queste e le autorità amministrative Essa non solo è di ordine pubblico, ma eziandio di *pubblico diritto*, ed importa egualmente che le violazioni (dette altrimenti eccessi di potere) vengano prontamente riparate, e sempre si può, e si deve ristabilire l'ordine turbato. Per questa ragione si vuole sempre aperto il ricorso per titolo d'incompetenza assoluta, e sempre viene ingiunto ai giudici ed agli amministratori d'interporre, anche d'ufficio, la loro autorità per riordinare il regolare esercizio dei pubblici poteri. Nè a ciò osta che abbia preceduto una sentenza o decisione definitiva o semplicemente interlocutoria o preparatoria; imperocchè al momento stesso in cui esiste la violazione è cosa importante che venga riparata, e però è necessario di ricorrere ai rimedj a ciò opportuni. « E non deve recar meraviglia (dice al nostro proposito il sig. Merlin) che gli atti contenenti eccesso di potere non siano sottoposti alla regola generale che vieta ogni ricorso, sia davanti al tribunale di cassazione, sia davanti ai tribunali d'appello, contro le sentenze preparatorie o d'instruzione. Non v'ha cosa che più comprometta l'ordine sociale, quanto le usurpazioni di un'autorità su di un'altra. »

« Mediante la cura reciproca delle diverse autorità a non fare che ciò che è di loro dovere, e di rispettare le attribuzioni loro rispettive, il corpo politico si sostiene, si muove e garantisce la sicurezza di tutti i suoi membri. Se per avventura esse si collidono e si urtano le une colle altre: se il potere giudiziario per esempio osa di amministrare; se l'amministrazione osa giudicare; se il giudice civile vuol conoscere delle cose criminali, ed il giudice criminale di affari civili; se il magistrato inferiore vuole innalzarsi al livello o al disopra del governo; se la forza pubblica pretende dare

degli ordini in luogo d'eseguire quelli che essa riceve; allora non havvi più costituzione, più d'ordine sociale, più di garanzia per i cittadini, ed altro non rimane che il caos dell'anarchia. Quanto adunque non sarebbe cosa impolitica il differire a reprimere gli eccessi di potere? Di quale urgenza non è al contrario di farli cessare al momento stesso nel quale vengono scoperti? »

Tale è precisamente lo scopo al quale si giunge per l'ordine giudiziario, sottomettendo, sia all'appello, sia al ricorso in cassazione, secondo le circostanze, ogni sentenza interlocutoria o d'istruzione che contiene eccesso di potere. Per questo mezzo, allorquando un giudice sortì dalla sfera delle sue competenze, il tribunale superiore, se è un giudice di prima istanza, o se è lo stesso giudice superiore, il tribunale di cassazione, lo fa entrare nella medesima, e le attribuzioni di ciascuna autorità giudiziaria riprendono il luogo che loro venne assegnato dalla legge. » E qui il sig. Merlin passando a considerare l'altra questione, se l'eccezione d'incompetenza che non fu proposta avanti il primo giudice, la poteva essere in grado d'appello, malgrado la disposizione generale in contrario della legge allora vigente, soggiunge: « di già, senza dubbio, cittadini magistrati, voi avete detto a voi stessi, che con queste parole *non possono pronunciare che sulle domande fatte in prima istanza*, la legge fece abbastanza intendere, che la sua disposizione colpisce unicamente le conclusioni che costituiscono dimande propriamente dette; che essa non si estende fino alle conclusioni delle parti contro le quali sono formate queste domande; che in una parola essa non è applicabile alle eccezioni; e che ogni eccezione, a cui non è soddisfatto colle difese in merito, può essere proposta in istato d'appello, sebbene essa non lo sia stata in prima istanza. »

« Ma l'eccezione d'incompetenza, della quale quivi si tratta, non è stata sanata anche davanti i primi giudici colla difesa in merito? Il ricorrente pretende che sia stata effettivamente sanata, ed è il suo terzo motivo di cassazione che consiste a dire che la sentenza impugnata non ha potuto, senza

contravvenire all' art. 5 del tit. 5, ed all'art. 3 tit. 6 dell'ordinanza del 1667, ammettere in grado d' appello una declinatoria, che anche davanti i primi giudici non era più ammissibile dopo la contestazione della causa. »

« Ma questo motivo è evidentemente, come li due primi, subordinato alla questione di sapere se il tribunale di commercio era o non era incompetente *ratione materiae.* » (1)

Riandando tutti i passi fin qui recati sembra a prima giunta, che la distinzione delle nullità in assolute e relative, o per dir meglio, la facoltà di opporle e di sanarle ammetta varietà di teorie o veramente eccezioni diverse. Ma considerando la cosa profondamente, si trova sempre che un principio unico regge tutta la dottrina senza che veramente intervenga eccezione veruna. Basta salire ai rapporti fondamentali che regnano in uno Stato regolare per comprendere, che il principio dell' interesse che dirige la distinzione e la facoltà di usare delle nullità rimanendo sempre lo stesso, esso varia solamente la facoltà medesima a norma della qualità delle persone interessate e dell' influenza diversa dell' interesse medesimo. Così agevolmente si scopre che l' interesse dei titoli diversi di competenza non può essere mai privato o semplicemente pubblico in relazione all' interesse privato, ma che egli propriamente è un interesse di Stato relativo alla costituzione fondamentale, e quindi egli è pubblico per *ragion di Stato*, e non pubblico per semplice ragion *civica*, come avviene negli affari amministrativi, che riguardano l' industria, il commercio, la salute ed il comodo dei cittadini considerati come aggregato.

A togliere quindi qualunque perplessità, già accennata dal sig. Merlin nel definire le nullità assolute suscettibili di rinuncia privata, è di mestieri di salire ad una veduta più eminente e sistematica, della quale si parlerà più sotto.

Per complemento della dottrina di cui parliamo sarebbe

(1) Merlin tom. ix. pag. 586. 587 questions de droit V.° *Tribunal de commerce.*

necessario di parlare delle nullità assolute o relative in materia *criminale*, e precisamente in materia di procedura penale. Egli è osservabile che ivi le nullità assolute si confondono colle nullità *espresse*, talchè ivi si denominano nullità assolute quelle sole che vengono espressamente pronunciate dalla legge: relative poi si appellano quelle che non essendo prounnciate dalla legge risultano dalla violazione d'una forma stabilita. Quanto a queste però è da osservarsi, che propriamente non si possono denominare vere nullità, ma piuttosto qualità, per cui l'atto può essere annullato mediante l'istanza della parte, e che invece di essere nominate nullità, più propriamente appellar si potrebbero *nullabilità*. Considerando le cose sotto il punto di vista dell'interesse, occorrerebbero speciali considerazioni, le quali noi riserviamo ad altro luogo, nel quale si contemplerà questo soggetto in una vista più sistematica.

Nota IV.

Della facoltà di rinunziare alle nullità testamentarie.

In conferma di ciò che da noi fu annotato circa la *qualità* delle nullità testamentarie, noi soggiungeremo il seguente passo del Repertorio del Sig. Merlin.

« Dal principio che le nullità rispettive sono sanate mediante il consenso delle parti interessate, ne risulta che un testamento nullo, sia nella forma, sia per mancanza di capacità nel testatore, è convalidato dall'esecuzione che volontariamente e con cognizione di causa vi dà l'erede i cui diritti sono lesi. *Rep. de jurispr. Nullité* 83. »

« È manifesto, che se dopo avere soddisfatto un legato, si scopra essere stato fatto con un atto nullo, o rivocato, sempre ne è ammissibile la ripetizione. »

« Ma è necessario che il pagamento non sia stato fatto per causa d'errore inescusabile; perchè l'erede che pagò vo-

lontariamente un legato nullo si preclude l'adito a qualunque ripetizione. »

« In generale, allorchè s'incontrano delle nullità negli atti che contengono dei legati, possono essere sanati, mediante l'approvazione delle parti interessate; ed in allora il pagamento dei legati non è suscettibile nè di rifiuto, nè di ripetizione. « *Repert. leg. sect.* 2 §. 1.

Veggasi anche la legge 16 §. 1 *cod. de testam.* e la legge 38 *d. de fideicom.*

Nota V.

Sulle decisioni di nullità presuntiva e di nullita irrevocabile.

Quando un testamento si presenta rivestito di tutte le sue formalità, non v'ha dubbio che nascendo contestazione sulla di lui validità a motivo di una falsa enunciazione, i tribunali debbano pronunciare il giudizio di validità senza dare ascolto alla obbiettata falsità; e ciò tutte le volte che la parte si restringa alla nuda asserzione di falsità, e tutte le volte che essa si limiti solamente a domandare di essere ammessa a provare la sua accusa. La presunzione di validità in favore del testamento vince la contraria accusa, e respinge tutte le nude petizioni e offerte a provare la falsità, e non cede se non nel caso che prove precise e speciali prevalenti siano state iniziate a modo almeno di far ripromettere una prova vittoriosa del falso, la quale per se vinca la presunzione legale di verità. Prima che si siano adempiute queste condizioni non è permesso ai giudici di accogliere questo mezzo infirmativo della validità di un atto, nè di sospendere l'esecuzione che ne deriva. A proporzione poi che l'atto è più o meno solenne, le prove contrarie debbono essere più o meno convincenti onde vincere la presunzione legale che milita in favore dell'atto.

In prova di questa tesi noi incontriamo l'autorità di giu-

dicati opportuni. Col primo del 3 maggio 1808 della corte di appello di Colmar (1) fu stabilito « che la querela di falso principale contro un atto notarile non ne sospende l'esecuzione se non quando il giurì ha dichiarato esservi luogo ad accusa. » Col secondo della corte di appello di Rouen, confermato con decisione della corte di cassazione dell' impero 15 febbrajo 1810 (2), fu dichiarato che allorquando una querela di falso principale è diretta contro atti che non sono autentici e rivestiti della formola esecutoria, l'esecuzione di falso sospende per se sola l'esecuzione degli atti accusati. In questo caso non è necessario che l' autore del falso sia posto in istato d'accusa. »

Dal che manifestamente si vede che a proporzione dei gradi di maggiore o minor fede presuntiva attribuita ad un atto rivestito di maggiori o minori formalità testificative, si esige pure una maggiore o minore forza prevalente per gli argomenti contrarj. Ciò è conforme alla teoria delle prove già esposta nella nota seconda sopra premessa, e in ciò si fa uso delle regole strettamente logiche, per le quali ci viene insegnato che a vincere una presunzione è necessario di opporne una più forte. Ma nello stesso tempo, in forza di principj di diritto e di provvidenza giudiziale, non dovendosi sospendere l'esecuzione di un titolo per se già liquido e provato sotto il pretesto della mera possibilità di smentirlo, i tribunali incaricati della amministrazione della giustizia non possono ritardare di pronunciare sulla dimanda della parte che presenta siffatto titolo, la di cui fede si può bensì in astratto smentire, ma che però non si trova attualmente distrutta da prove contrarie. Per la qual cosa qualunque giudice o tribunale, che in pendenza di questo sperimento sospendesse il suo giudizio sulla validità e nullità dell' atto, per ammettere e verificare le prove estrinseche e contrarie, agirebbe illegalmente, pronunciando un giudizio *anticipato* e prematuro, e defrauderebbe così il diritto

(1) Vedi Sirey tom. X. parte II. pag. 557.
(2) Sirey tom. X. parte prima pag. 174.

della parte che reclama l'esecuzione dell'atto presuntivamente valido.

Per lo contrario il giudice deve necessariamente limitarsi ai termini dell'atto medesimo per pronunciare il suo giudizio. E sebbene da poi l'atto stesso si possa legalmente impugnare; tuttavia vige la regola che la prova della validità estrinseca dell'atto viene stabilita dai termini che esso presenta, nè si deve, per pronunciare questo primo giudizio, escire dal medesimo, nè ammettere prove estrinseche fuori o contro del contenuto dello stesso; come appunto dai tribunali fu praticato fin qui.

Ma da ciò non ne viene la conseguenza che la validità o nullità dell'atto risultante dalla sua originaria espressione sia *irrevocabile;* poichè il divieto di escire dall'atto non è illimitato, nè si estende a tutti i casi, ma bensì a quello solo, nel quale dovendo provvisoriamente prevalere l'autorità presuntiva dell'atto medesimo, il giudice non può sospenderne gli effetti colla mera aspettativa di un contrario esperimento.

È cosa sommamente importante l'osservare in fatto, che tutti i casi ne' quali si è fatto uso della regola di non escire dall'atto per pronunziare sulla validità o nullità, la parte chè tendeva ad impugnare o a convalidare con prove estrinseche un testamento rivestito di tutte le sue formalità, o mancante della menzione di qualcheduna delle medesime, si limitò ad una semplice *offerta* di tali prove, nè mai si è presentato il caso nel quale la parte o abbia precisamente indicato il mezzo trionfante della prova contraria, o avendolo separatamente tentato (almeno per titolo semplice di prova *ad perpetuam rei memoriam*), lo abbia introdotto nel giudizio di nullità, o abbialo instituito posteriormente al giudizio pronunciato in conseguenza della nullità presuntiva risultante dai semplici termini originarj dell'atto.

In vista di questa importante osservazione di fatto, ne emerge che contro l'opinione proposta, non si può veramente opporre l'autorità di veruna decisione fin qui pronunciata; perchè non si trova veruna dottrina, colla quale

si affermi che la validità o nullità risultante dai termini dell' atto sia assoluta o *irrevocabile*, nè che i tribunali abbiano rigettato il tentativo proposto colle suddette condizioni, senza ritardare per altro il giudizio provvisorio, che deve aver luogo in pendenza di un più vittorioso sperimento. Si troverà bensì essere stata dichiarata illegale la sospensione dell' esecuzione provvisoria d' un testamento rivestito di tutte le sue forme, e fatto uso della regola, che per istabilire la validità presuntiva si deve stare all' atto; ma nello stesso tempo si troverà che non fu precluso l' adito al giudizio definitivo da istituirsi con prove estrinseche.

A maggior conferma del fin qui detto si esamini di grazia il seguente

Esempio.

Il testamento della signora Martens portava la menzione della sua dettatura fatta ai notaj dalla testatrice.

Gli eredi naturali sostennero che questa enunciativa era falsa: essi domandarono di poter provare col mezzo di testimonj, che il testamento non era stato dettato dalla signora Martens. Essi furono ammessi a questa prova in forza di una sentenza del tribunale di prima istanza.

Sopra appello di questa sentenza, l' erede instituito pretese che la prova testimoniale non poteva essere ricevuta contro la menzione contenuta nel testamento. Ella è regola generale, disse l' erede, che tutti gli atti autentici fanno fede sino all' inscrizione di falso. Non avvi altra via per tentare di distruggere l' effetto della *menzione* comprovante che le formalità volute dalla legge sono state adempiute.

In materia di testamento soprattutto, non può essere provato contro, nè oltre di ciò che risulta dall' atto medesimo. Se l' atto non enuncia che sia stato dettato dal testatore, che li testimonj sono stati presenti, invano si vorrebbe stabilire con altri mezzi estranei, che queste formalità furono adempiute.

A più forte ragione, allorchè l' atto offre la menzione

positiva che queste formalità sono state religiosamente osservate, non si deve badare all'asserzione che quest'atto smentisce: tanto più che quest'asserzione non produce il carattere grave di un'accusa di falso, il solo che convenga in questo caso. Infatti non è più una semplice dimenticanza che si potrebbe rimproverare ai redattori del testamento, ma bensì una falsa dichiarazione, una menzogna positiva e necessariamente volontaria, della quale eglino si sarebbero resi colpevoli; col delitto non si può transigere; dunque abbisogna apertamente perseguitarlo o riconoscere che non è stato commesso.

Qui non fa d'uopo, rispondevano gli eredi naturali, applicare al testamento le regole proprie alle obbligazioni. Allorquando la legge pronuncia che questo titolo fa fede sino all inscrizione di falso, ella non intende parlare che dei titoli *convenzionali*; e ciò risulta dal posto che occupa nel cod. civ. l'art. 1319 che stabilisce questo principio: e non è che relativamente alle obbligazioni *convenzionali* che l'art. 1341 interdice la prova testimoniale, allorchè il valore dell'oggetto litigioso ecceda li 150 franchi.

Il testamento è un atto di una natura particolare, a cui non giova applicare alcuna di quelle disposizioni che furono stabilite relativamente ad altri atti. Così per esempio la validità del testamento dipende essenzialmente dalla sua forma; se esso non è stato scrupolosamente redatto nella forma determinata dalla legge, il testamento è intieramente nullo. Negli atti ordinarj al contrario la forma non è, per così dire, che accessoria; inutile sarebbe il non riconoscere una obbligazione, un deposito, un affitto od una rendita, per ciò solo che l'atto contenesse una qualche irregolarità. Così poichè gli art. 1319 e 1341 del cod. civ. non sono applicabili che alle convenzioni; poichè niente avvi di comune fra le convenzioni ed i testamenti; poichè in questi ultimi la forma è tutto, e niuna legge proibisce d'ammettere la prova dell'inosservanza delle formalità dalle quali dipende la validità dei testamenti; in conseguenza si è offerto giustamente, ed i giudici hanno bene operato ammettendo questa prova.

DECISIONE.

La corte « Attendu que les formes d'un testament s'établissent par l'acte même ; qu'en admettant la preuve que le testament n'a pas été dicté le tribunal de première instance A PRÉJUGÉ que l'on pouvait chercher *hors* de l'acte la preuve de l'inobservation des formes du testament sans recourir à l'inscription de faux ; met l'appellation, et ce dont est appel au néant ; emendant, dit que la preuve a été illegalement admise... Ordonne aux parties de s'expliquer sur la validité des formes du testament, d'après le contexte de l'acte qui les renferme. »

Del 14 giugno 1806. Corte d' appello di Bruselles (1).

Consultando i termini di questa decisione, troviamo noi veramente in essa una formale opposizione alla tesi sostenuta? No certamente. Ivi si dice semplicemente *avere il tribunale* PREMATURAMENTE GIUDICATO *potersi ammettere fuori dell' atto la prova dell' inosservanza delle forme del testamento, senza ricorrere all' iscrizione di falso.* Dunque è manifesto che qui la corte di appello non pronuncia su l' ammissibilità o l' inammissibilità *assoluta* e perpetua della prova estrinseca all' atto testamentario, ma solamente pronuncia sulla *intempestività* della medesima in questa sede di giudizio. Eppure fa uso della regola consueta « che le forme del testamento si comprovano coll' atto medesimo » e con ciò dà a divedere che questa regola non si oppone alla ammissibilità delle prove estrinseche in altra sede o forma separata o tempo posteriore, ma solamente si oppone alla facoltà di farne uso durante la presunzione legale, che milita in favore dell' atto testamentario considerato nella sua forma originale ed immediata, e fino a tanto che la credibilità risultante dalle forme osservate non venga distrutta.

All' occasione poi di questa causa, facciamo osservare essere opinione stabilita presso gli espositori delle dottrine

(1) Vedi SIREY tom. VII, part. II, pag. 17. 18.

relative alle prove diseguate dal codice Napoleone, che gli art. 1319 e 1341 si riferiscouo alla materia delle obbligazioni e contratti, e nou alle materie testamentarie. « In generale (dice il signor Desquiron) non si può dire che i testamenti e gli altri atti di ultima volontà possano essere compresi sotto il nome di contratti, e soggetti in conseguenza alla regola stabilita dall'articolo 1341 del codice Napoleone » (1).

Nota VI.

Richiamo della teoria della nullità al suo punto di vista eminente e sistematico.

L'argomento delle nullità si trova disseminato per tutto il sistema del diritto che regola le civili società, poichè in tutto il sistema si contemplano atti efficaci e non efficaci a produrre un effetto interessante, e quindi a produrre un bene o un utile, o ad allontanare un male o un danno. Posto che tutti gli atti umani assoggettati ad un ordine di leggi qualunque possono in fatto essere *conformi* o *difformi* all'ordine stabilito, e posto che un legislatore vuole eseguito l'ordine stesso, prevenuto, escluso e rimediato il disordine; ne segue che esso colla sua autorità non può avvalorare che gli atti conformi, e per lo contrario deve privare di effetto, prevenire, proibire, reprimere, e talvolta anche punire gli atti contrarj. Questa intenzione e provvidenza si estende ed accompagna ogni specie di legge e di atti interessanti la vita sociale. Noi ne vediamo difatti la prova nel regime costituzionale in punto di competenza (come lo abbiamo osservato nella nota III), noi la veggiamo pure in tutto l'ordine delle cose civili contemplate dal codice Napoleone, in quello della procedura civile, della procedura penale, nelle materie di commercio, in somma in ogni maniera di

(1) Desquiron trattato della prova testimoniale in materia civile cap. V.

legge statuente, sul diritto, su l'azione, le prove, e su ogni altro oggetto contemplato dalle leggi.

Ma volendo noi avvicinarci all'argomento contemplato nel nostro trattato, osserveremo che in tutte le riflessioni su la qualità e l'efficacia degli atti, siccome dobbiamo fare astrazione dai rapporti di mero *fatto* per restringerci ai rapporti di ordine legislativo e civile (ne'quali gl'interessi e le forze umane vengono dirette da leggi positive, e debbonsi esercitare sotto l'impero di un governo regolare); così abbiamo sempre in mira di stabilire un'*azione* o un'*eccezione* legale.

Fissata questa mira, non solamente è cosa interessante il conoscere i titoli di validità o nullità degli atti, ma eziandio tutte quelle cagioni, le quali o in tutto o in parte, o temporaneamente o perpetuamente somministrano, o tolgono l'azione o l'eccezione. Più ispezioni pertanto si presentano a qnesto proposito. Le prime si possono dire *antecedenti*; le seconde *conseguenti*. Le ispezioni antecedenti si riducono a tre.

La prima si aggira sn la *qualità* dell'atto considerato in se stesso, in quanto può essere *capace*, o incapace a produrre un'azione o eccezione.

La seconda ha per oggetto l'*interesse* sì personale che sociale, pel quale importa di attivare, estendere, o limitare la facoltà di esercitare una data azione o eccezione.

La terza ha per oggetto la *potenza* o l'*impotenza* legale *originaria* dalla parte interessata, a nome proprio o altrui, a spogliarsi del titolo, o a rinunziare all'esercizio dell'azione o dell'eccezione.

La prima ispezione importa i seguenti tre punti di ricerca, cioè:

1.° L'atto è desso originariamente *valido*, o nullo?

2.° Quando sia originariamente valido, è desso o no *concludente* a produrre la data azione o eccezione?

3.° Nel caso che si scuopra valido e concludente, è desso o no *maturo*?

La seconda ispezione importa parimente i seguenti tre punti di ricerca.

1.° L'interesse suddetto è desso *pubblico* o *privato?*

2.° Quando sia *pubblico*, appartiene esso alla ragione *civica* o alla ragione di *stato?*

3.° Quando sia *privato* si restringe esso ai soli *individui*, fra i quali passò l'atto, o si estende anche *a terzi* non intervenuti all' atto?

Le ispezioni *conseguenti* hanno per oggetto tutte le cagioni, le quali o per fatto della legge, o per quello dell'uomo, avuto riguardo alla competente sua facoltà, possono togliere, interrompere o modificare l' esercizio di un' azione od eccezione anche concludente e matura.

Questa ispezione abbraccia molti punti di ricerca. Essa riguarda *il tempo*, entro il quale la legge permette di esercitare l' azione o l' eccezione. Essa si estende a tutti i *modi* volontarj, coi quali per un consenso espressamente o tacitamente prestato, taluno si priva di un diritto a lui competente.

Mia intenzione non è di esaurire di proposito queste ispezioni; a me basta di offrire un semplice *prospetto*, nel quale si comprenda precisamente il posto occupato dai titoli delle nullità, e le rispettive affinità e relazioni, che questo argomento può avere con altri oggetti di diritto. Senza di ciò, la cognizione delle cose non sarebbe completa. Sembrami che a guisa di una carta geografica, in cui fu presentato un paese particolare, si debbano segnare i paesi finitimi, e per tale maniera facilitare la cognizione del posto che egli occupa nell' orizzonte universale del globo.

Ma sebbene io non intenda di trattare le cose di proposito, ciò nonostante parmi conveniente di soggiungere alcune brevi annotazioni esplicative dell' esposto prospetto.

Nella prima ispezione l' atto si considera in *se stesso*, in quanto per legge può essere capace o incapace a produrre un' azione o eccezione. E qui, esaminando le due ipotesi della validità e nullità, è da avvertirsi che nel caso della nullità comprovata cessa la necessità di ogni ulteriore indagine. La nullità dell' atto produce la di lui incapacità assoluta per qualunque ulteriore effetto di diritto.

Non è così allorquando si pronuncia la *validità* dell' atto, perocchè quantunque esso sia in se stesso valido, pure può essere *inconcludente* a produrre una data azione o eccezione. Così per esempio un testamento contenente la confessione di un debito può essere validissimo come atto testamentario; ma inconcludente a stabilire un titolo di debito, il quale può soffrire tutte le contrarie eccezioni di mancanza di causa e di errore. Quest' atto pertanto sarebbe inconcludente a fondare un' azione di credito per parte di colui a favore del quale fosse emanata la confessione. Ecco perchè, anche posta la validità dell' atto, si ricerca la sua concludenza onde fondare un' azione legale.

Ma posta anche la validità e concludenza dell' atto, può accadere che l' esercizio del diritto non possa ancora aver luogo in forza di una condizione che si deve ancora purificare, o di un tempo che ancora deve scadere. Quindi deve attendersi tanto la purificazione della condizione, quanto la scadenza del tempo onde rendere esercibile il supposto diritto, e quindi produrre l' azione. Senza di ciò la parte, contro della quale si proponesse una dimanda, potrebbe giustamente opporre la *carenza di azione*, malgrado la validità e la concludenza dell' atto che serve di fondamento all' azione medesima.

Nel caso quindi della validità dell' atto ognuno intende che l' azione non si produce *immediatamente* ed *ipso jure*, come nel caso della nullità si produce immediatamente *ipso jure* l' eccezione.

Ecco la ragione per la quale furono proposti i ricordati punti di ricerca, nel caso che un atto venga riconosciuto come valido.

Passando ora alla seconda ispezione, debbo osservare, che i punti di ricerca che essa contiene sono importanti, non tanto per le conseguenze che ne derivano, ma molto più per le incertezze e le perplessità che regnano tuttavia nella giurisprudenza, come altrove fu annotato. La sola distinzione di nullità in assolute e relative, non basta a dar ragione nei rispettivi casi pratici dell' uso e dell' applicazione

delle nullità, e delle cagioni che le fanno cessare. Imperocchè, come si è già veduto, hannovi delle nullità assolute d'interesse o di ordine pubblico sanabili, mediante il fatto libero della parte privata, ed altre ve n'hanno le quali non sono suscettibili di questo rimedio. Il solo carattere dunque di *assolute* non è decisivo per regolare la facoltà di usarne o di sanarle. Dunque deve esistere una qualità subalterna che induca questa differenza. Dove troveremo noi questa qualità subalterna e decisiva?

Certamente riscontrar non la possiamo che nei caratteri reali delle relazioni pubbliche, le quali variando i rapporti d'interesse, ne variano pur anche i risultati che ne derivano.

Ora egli è certo che le relazioni pubbliche sono di *due specie*. Le prime dir si possono relazioni pubbliche *politiche* o *di Stato*; le seconde relazioni pubbliche *civiche* o *sociali*. Le prime sono inerenti alla persona unica ed individua dello Stato, considerato come persona morale, vestito d'una vera ed individuale unità, per cui si considera aver esso dei diritti e dei doveri verso se stesso, ed avere pure degli interessi così proprj ed esclusivi della considerazione dei singoli individui che lo compongono, talchè questi individui spogliati dell'unità complessiva propria a tutto l'aggregato retto da un governo, non potrebbero presentare alcun titolo di ragione veramente pubblica di Stato. Così il fenomeno della vita animale e lo stato prospero di salute dell'individuo è così legato all'unità dell'organizzazione, all'equilibrio delle forze, all'armonia delle funzioni di tutti gli organi, che la vita e la sanità dell'universale non potrebbe risguardarsi come proprietà o effetto d'un organo particolare, ma bensì come risultato indivisibile del tutto così disposto e non altrimenti.

Sotto di questo punto di vista considerando l'interesse, s'intende esservi un interesse pubblico di Stato totalmente distinto da quello del privato o considerato individualmente o come semplice frazione di un aggregato.

Questo interesse fondato sulla individua personalità del corpo politico, ed avente per suo oggetto la utilità indivisi-

bile del tutto, non potrà mai soffrire una legittima alterazione dal fatto privato. Quell' interesse che ne può avere il privato, come uno degli elementi del tutto, può bensì agire per conservare l' ordine, ma giammai per rinunziare al comun bene risultante dall' ordine medesimo. È dunque inviolabile siffatto interesse; e quindi le nullità pronunciate in conseguenza saranno di assoluta ragion pubblica politica, ossia di Stato, inalienabile ed incapace di rinunzia. Tali sono appunto le nullità *assolute* per motivo di competenza, poichè l' ordine delle competenze, appartenendo alla costituzione dello Stato, non può essere padroneggiato da alcun privato o da alcuna autorità. Dunque essi sono spogliati della facoltà di sanare questa violazione mediante un atto della loro volontà.

L' altra specie di relazioni pubbliche, che denominammo civiche o sociali, presenta bensì un aspetto di *unità complessa* che rassomiglia in parte a quello delle relazioni politiche o di Stato, ma non presenta la stessa *indivisibilità d' interesse*. Io mi spiego. L' idea di pubblico o di *pubblicità* è talmente complessiva di tutti i membri di un aggregato sociale, che nel suo concetto non limitandosi a parte alcuna singolare, esclude per ciò stesso qualunque detrazione della medesima. E sebbene in atto pratico non avvenga una universale partecipazione di una cosa che dicesi pubblica, ciò non ostante la semplice facoltà accordata a tutti di parteciparne basta per attribuire ad una cosa il carattere di pubblicità. L' aggregato quindi intiero è il soggetto fondamentale della pubblicità. Questa idea è talmente semplice ed individua, che non ammette divisione nè limitazione.

Sotto di questo aspetto le relazioni pubbliche *civiche* rassomigliano alle relazioni pubbliche *politiche*, ossia di Stato.

Una importante differenza però vi ha fra le une e le altre riguardo alle funzioni interessanti, perchè appunto vi passa differenza fra un semplice aggregato ed un corpo morale. Certamente l' idea di pubblicità non esclude veruna frazione dell' aggregato come quella di un corpo morale non

esclude verun membro; ma nell'aggregato altro non si vede che una semplice *somma* di interessi e di azioni singolari; dovecchè nel corpo morale vedesi una vera *unità*, derivante dalla *convergenza* e dal *collegamento* che modifica e predomina così ogni parte, che ne fa sorgere un *terzo risultato*, che non si può trovare che nel tutto. Questo terzo risultato indivisibile è appunto l' *interesse* del corpo escludente l'idea di somma.

È dunque manifesto che le semplici relazioni pubbliche, se da una parte offrono un aspetto rassomigliante alle relazioni politiche, dall'altro canto presentano un aspetto totalmente diverso, inducente conseguenze importantissime pure diverse.

Riguardando le cose rispetto all' *interesse*, di leggieri si comprende esservi un interesse pubblico semplicemente *civico*, totalmente diverso dall' interesse pubblico politico. Il primo si risolve e va a finire nella persona di ogni individuo niuno escluso (nel che appunto consiste la pubblicità). Il secondo si risolve così nell' unità personale dello Stato, e va a finire in tutto il corpo, che ogni singolo individuo non partecipa al medesimo che come elemento cooperatore in tutto il sistema. Nel primo caso, benchè il beneficio sia compartito a tutti, a guisa del sole che spande i suoi raggi sopra tutte le produzioni della terra, ciò non ostante il frutto che vien raccolto è totalmente proprio di ogni singolare, e si può da ogni singolare pure rinunciarvi. Nel secondo caso per lo contrario il frutto vien raccolto da tutto il corpo unito: ed il particolare non può rinunciare allo stato suo, nè a quella parte di ordine pel quale a lui proviene il beneficio; come la mano e il ventre non possono rinunciare al loro stato d' integrità e di salute, perchè ne deriverebbe detrimento, dolore, infermità e morte a tutto l' individuo.

Se dunque all'osservanza di un ordine determinato di ragion pubblica civica fu annessa dal legislatore la validità di certi atti, e se alla loro violazione fu annessa la nullità, egli è facile di comprendere poter esso accordare la facoltà all' individuo di rinunciare a siffatte nullità comunque asso-

lute e di ordine pubblico; postochè il privato poteva rinunciare al beneficio introdotto in suo favore, benchè esteso a tutti gli altri membri dell' aggregato.

Ecco come si verifica esservi nullità assolute di ordine pubblico suscettibili di rinuucia, e le quali per ordiuazione di legge non si possono più far valere allorchè il privato, potendo opporle entro di un certo tempo e sotto certe condizioni stabilite dalla legge, omise di farlo.

La legge poi dovette stabilire questo tempo e queste condizioni in vista di un prevalente interesse parimenti pubblico, al quale, dentro i limiti della necessità, deve cedere il privato.

Ritenuta l' idea totale dell' ordine *pubblico* nella sua *generalità*, e tracciata la differenza fra l' ordine civico e politico, come criterio necessario per distinguere le nullità che spettano all' uno e all' altro ordine, rimane ora a vedere ciò che appartiene all' ordine *privato*. Ognuno intende che l' idea di ordine privato è un' idea di risultato e direi quasi negativa. Essa esprime tutto ciò che non è pubblico, quantunque grande sia il numero delle persone al quale questa idea si estenda. Dal momento che in fatto od in potenza non si abbraccia un intiero aggregato, essa esprime il concetto che dicesi privato. Ma in questo concetto si può benissimo figurare un interesse *comune* a tutti gl' individui che compongono una parte maggiore o minore dell' aggregato, e si può figurare del pari un interesse così *proprio* e limitato a due o più persone che convengono in un dato oggetto, che l' interesse e gli effetti di diritto non oltrepassino, o oltrepassare non debbano le persone medesime.

Qui dunque nasce la distinzione fra un interesse che padroneggia la ragion privata di tutta una parte particolare (nella quale il fatto di alcuni singolari non sia decisivo per togliere agli altri l' interesse ossia il diritto contemplato), ed un interesse così limitato a questi singoli che convennero in un dato atto, che a buon diritto non possa venire esteso a terzi che non intervennero, e che per conseguenza lasci a

questi singoli tutto l' impero di attivare, o di togliere un'azione o un' eccezione.

Poste queste condizioni, se la legge avesse nei rispettivi casi pronunciata qualche nullità, ne seguirebbe la distinzione fra le nullità di ordine privato *comune*, e le nullità di ordine privato *individuale*. Le prime si potrebbero in qualche guisa chiamare *assolute* per tutta quella parte di individui a favore de' quali furono stabilite. Le seconde sarebbero *rispettive* a quelle sole persone che intervennero nell' atto, e per le quali nacque un esclusivo interesse.

Giustificata così la partizione sopra recata, io domando, se sussistere e valer debba la norma comune di qualificare le nullità assolute e relative, dietro la nuda e vaga idea dell' *interesse* spogliata da quella delle *relazioni* sopra distinte ed annoverate? Non è forse vero che posta quest' idea rendesi impossibile il discernere i veri punti di differenza che debbono determinare la qualità e la facoltà di usare, e di rimediare alle nullità stabilite dalla legge? Ognun vede essere impossibile il determinare in astratto una tale separazione d' interessi, per la quale ne derivi necessariamente una distinzione di rapporti che faccia variare l'applicazione, la forza e l'estensione delle nullità. Non è forse vero che in tutte le relazioni sì pubbliche che private noi non incontrammo finalmente che uomini singolari? L'ordine pubblico sì politico che civico non è forse stabilito unicamente a beneficio di questi stessi uomini singolari? È dunque mai possibile in un ordine pubblico, quantunque eminente, di non ravvisare un interesse di questi stessi uomini singolari come unico motivo per cui l' ordine stesso fu stabilito, e devesi mantenere? In tutto il sistema pertanto sì pubblico che privato ordinato e mantenuto dalle leggi e dal governo, incontriamo ad ogni passo questo interesse, come incontriamo in ogni luogo della terra un' atmosfera uniforme che ci circonda, sia che viviamo isolati, sia che versiamo in una popolosa città.

La conseguenza del fin qui detto si è, che la nuda con-

siderazione dell' interesse non ci può servire di lume diretto onde determinare i caratteri efficaci delle nullità, in relazione alla facoltà di usarne o di rimediarvi.

Per lo contrario, consultando lo stato reale delle cose dal quale si determinano i diversi diritti, vale a dire assumendo come criterio le differenti relazioni sopra annotate, si riesce a togliere qualunque confusione e perplessità; perchè si fa uso dei caratteri distinti ricavati dallo stato reale delle cose, e si soddisfa così alle diverse dottrine pratiche avvalorate dall' autorità.

Volendo quindi qualificare le nullità sia radicali sia accidentali sotto il rapporto del diritto di usarne, o di non usarne, crederei più conveniente di qualificarle nella seguente maniera ·

1.° Le nullità altre sono di ordine *pubblico* ed altre di ordine *privato.*

2.° Quelle di ordine pubblico altre sono di ordine *politico* o di Stato, ed altre sono di ordine *civico.*

3.° Quelle di ordine privato altre sono di ragione *comune*, ed altre sono di ragion *particolare.*

Posti questi caratteri, le conseguenze che ne derivano rispetto alla facoltà di usarle o non usarle, di rinunciarvi o no, di sanarle o no, sono ovvie, limpide e sicure; e cessa così ogni confusione e perplessità, e si prevengono nei giudici tutti gli arbitrj illegali.

Una sola annotazione speciale ci rimane qui a soggiungere, e questa riguarda la procedura *penale.* Ivi, come fu già avvertito, si caratterizzano come assolute tutte le nullità espressamente pronunciate dalla legge; ed ivi pur anche si fissa un termine entro il quale la parte pubblica o privata interessata ad opporre siffatte nullità ne può far uso. Ciò nasce dall' indole propria di questo sistema di legislazione. A prima giunta pare che certe formalità interessar non debbano che la persona dell' imputato sottoposto a procedura; ma considerando le cose più profondamente si scopre, che prima della sentenza, l' ordine della procedura interessa veramente ogni cittadino, non solamente come mezzo onde

soddisfare all' ordine penale, cioè di prevenire coll' esempio l' avvenimento del delitto, ma eziandio per non confondere un reo con un innocente. Una illegale condanna, per mancanza di quelle cautele, le quali assicurano che un dato individuo è veramente o più probabilmente autore, o complice di un dato delitto, farebbe giustamente impallidire qualunque uomo probo sicuro della sua coscienza; e però nelle forme che assicurano la scoperta di un reo, vede ognuno una garanzia della propria libertà. Sommo è pertanto l' *interesse* comune nello stabilimento a nell' osservanza di siffatte forme: e sebbene apparíscano a prima vista rivolte al solo imputato, ciò nonostante si scopre che esse sono doppiamente di pubblico interesse, e con tutta ragione la violazione loro produrre deve una nullità *assoluta*, cioè una tale nullità che interessi l' universalità degli individui che ubbidiscono al codice emanato.

Se dunque la parte ha diritto di farle valere; l' ufficiale pubblico incaricato a difendere gl' interessi della società tutta, *deve* opporle tutte le volte che siano commesse; e nel silenzio stesso della parte, e del pubblico ministero, i giudici debbono dichiararle, e pronunciare in conseguenza ciò che è di ragione. Niuna rinuncia è valida a nome della società; anzi sarebbe una vera prevaricazione per parte di coloro che sono *obbligati* a difendere gl' interessi, l' omettere questa difesa; la quale anche a sentenza fatta e passata in giudicato, viene addossata alla corte di cassazione.

LE RENDITE LIVELLARIE

ANTERIORI AL CODICE NAPOLEONE

Continuative dopo il medesimo a perpetuità, debbono porsi nella classe delle rendite perpetue, contemplato dall' articolo 530 *del codice Napoleone.*

Dopo le cose trattate nel Giornale di Giurisprudenza (1), questa tesi considerar si dovrebbe come anticipatamente provata, e come un semplice corollario derivante da premesse indubitate. Tolto difatti il vincolo di condominio dalle mani del livellante o degli aventi causa da lui, e trasportata tutta la proprietà reale sulla testa del livellario, altro non rimane a favor del livellante che il semplice *credito* della rendita, e degli altri emolumenti eventuali stabiliti nel contratto.

Ridotto così il diritto del livellante, nè essendo più un *jus in re*, ma invece un *jus ad rem*, la sua azione non è più immobiliare, ma puramente personale; e benchè il fondo livellario debba considerarsi affetto dal peso della rendita, ciò non ostante non si può considerare vincolato immediatamente al livellante per titolo di dominio reale, ma bensì vincolato a lui per semplice *sicurezza* della esigenza del suo credito; e però in forza delle nuove leggi si deve pronunciare che il livellante ritiene sul fondo un semplice *privilegio* per sicurezza del canone, ossia della rendita livellaria a lui dovuta. Inoltre se *irredimibile* fu prima il diritto, esso poscia è divenuto *redimibile.*

Queste sono ineluttabili conseguenze dei rapporti combinati della primitiva natura dei diritti livellarj con tutta la ragion delle nuove leggi civili, e del principio che mantiene e protegge sotto il nuovo sistema i diritti quesiti dei cittadini.

(1) Vol. V, pag. 175 a 223.

Affine di comprendere tutti i rapporti della tesi sopra esposta, e di sentirne la verità, conviene considerarla nelle sue singole parti, e sottoporla alle particolari disposizioni delle leggi vigenti.

I.

Tutti i lucri e tutti i diritti di privata proprietà sono conservati al livellante.

Prima di tutto ognuno vede di leggieri, che colle nuove disposizioni nulla vien tolto all'interesse del livellante; imperocchè la sua *rendita* dura tuttavia, nè da lei vien sottratto neppur un centesimo. Dunque il livellante lagnar non si può che la nuova legge a lui tolga quanto all'entrata sua ordinaria nemmen un jota del suo diritto quesito.

Ciò che dicesi della sostanza e dell'entità stessa della rendita, deve pur dirsi della *sicurezza* ad esigerla. Col ritenere il privilegio ne trova egualmente sicura la percezione.

In nulla poi vien nociuto ai *diritti eventuali* del livellante, nè quanto al *diritto di ritorno* di un livello perpetuo nel caso ove la posterità o mascolina o femminina venisse ad estinguersi, nè quanto al *diritto di caducità*, per la mora biennale o triennale del livellario a pagare la rendita. Niuna legge e niun principio sotto al nuovo sistema vieta al livellante l'esercizio di questi diritti.

Obbiezione.

Qui sorge un'obbiezione. Come mai, taluno dirà, si può verificar la reversione e la caducità sopra contemplata, senza figurare nello stesso tempo che la proprietà diretta rimanga presso del livellante? Questo ritorno e questa caducità non sembra forse la conseguenza di un vero *jus in re* del livellante, che quasi infisso nel fondo stesso fa sì che egli ritiri appresso di se il fondo, allorchè più non esiste la discendenza del concessionario a cui fu dato a godere, od

allorchè il concessionario stesso non soddisfa alla sua obbligazione? Senza di questo vincolo reale sempre durevole e sempre attivo, come figurar si potrebbe un ritorno? Dunque in forza dei diritti proprj dell' enfiteusi, che concedonsi mantenuti ed operativi sotto le nuove leggi, devesi indirettamente confessare, sussistere ancora un *jus in re*, ossia dominio diretto, che fu prima negato. Se poi tali effetti si volessero aboliti, si dovrebbe necessariamente ammettere nelle leggi un vizioso effetto retroattivo, perchè lesivo della proprietà, e dei diritti naturalmente quesiti del contratto. Ma così è che avanti ogni cosa questa viziosa retroazione ad ogni modo introdurre non si può, attesochè il rispetto al diritto di proprietà viene dalle nuove leggi proclamato come eminente e regolatore fra le vecchie e le nuove disposizioni. Dunque è forza ammettere l'altro partito, cioè quello della proprietà diretta, ossia del condominio nel livellante, onde operare rispettivamente la reversione nei casi contemplati nell' investitura.

Risposta.

Tutto l'apparecchio di questa obbiezione svanisce, se si ponga attenzione all' unico perno su cui si aggira. Questo consiste nel supporre, che la reversione del fondo al livellante non possa derivare che dal solo *jus in re* ritenuto nella prima concessione, e che per conseguenza il ritorno non sia compatibile colla alienazione della piena proprietà del fondo. Ma allorchè si dimostrasse che la detta reversione può aver luogo anche nel caso di una assoluta alienazione del dominio reale, cesserebbe per ciò stesso il fondamento dell' obbiezione. Ora si domanda se la reversione del fondo livellato a perpetuità in caso dell' estinzione della discendenza investita, o nel caso di mora al pagamento della rendita, possa conciliarsi coll' alienazione della proprietà?

Se la reversione del fondo può essere la conseguenza di una clausola *risolutoria*, allora si combina benissimo l'alienazione della proprietà colla reversione medesima, senza

che siavi bisogno di ricorrere al condominio: essa si verifica per lo contrario col pieno trasporto della proprietà nel livellario.

« In verità, questo trasporto (dice il sig. Merlin parlando di un'enfiteusi perpetua) è risolubile in un caso preveduto nell'atto, cioè nel caso in cui la posterità, sia mascolina sia femminina del concessionario, venisse ad estinguersi. Ma che cosa si può inferire da ciò? Per ciò solo che una proprietà può essere risolnta, se una tale condizione puramente eventuale si verifica, ne segue forse che tale proprietà non esista fino a tanto che la condizione non siasi verificata? E la sola possibilità d'un evento risolutivo deve forse far considerare al dì d'oggi, come non proprietario colui che può essere spogliato da questo evento? No certamente ».

« Le leggi romane, voi lo sapete, posero una somma differenza tra le condizioni sospensive, e le condizioni risolutive. Le condizioni sospensive impediscono l'effetto del contratto, al quale le stesse condizioni furono apposte, fino a tanto che esse rimangono in sospeso; ma le condizioni risolutive lasciano al contratto tutto il suo effetto presente, ed allorquando si verificano non l'annullano che pel futuro, (o come dice Pothier, trattato delle obbligazioni n. 224) *esse sono apposte, non per sospendere l' obbligazione sino al loro compimento, ma per farla cessare allorchè si compiscono: una obbligazione contratta sotto una condizion risolutiva è dunque perfetta all'istante stesso del contratto* ».

Ed infatti non si è giammai osato pretendere che un acquirente con facoltà del riscatto non fosse proprietario, sotto il pretesto che egli poteva essere spropriato mediante l'esercizio di questa facoltà per parte del venditore. — Giammai si osò pretendere che un donatario tra vivi non fosse proprietario, sotto il pretesto che egli poteva essere espropriato per sopravvenienza de' figli al donatore. — Giammai si osò pretendere che gli inaddietro feudi dell'Alsazia non appartenessero realmente ed in piena proprietà al loro possessore, per la ragione che in mancanza di posterità mascolina di questi, essi dovessero ritornare al padrone del

feudo, conformemente alle regole consegnate nel lib. *de usibus feudorum*, e mantenuti in questi paesi in forza di una dichiarazione del 26 febbraio 1697, e di una decisione del Consiglio 11 giugno seguente. — Giammai si è osato pretendere che i feudi, qualificati *ducati*, non appartenessero realmente ed in piena proprietà agli inaddietro *duchi*, a motivo che a termini dell'editto del mese di luglio 1566 essi erano riversibili al demanio dello Stato in mancanza di discendenti maschi, in favore de' quali alcuni feudi erano stati elevati a questa dignità » (1).

Quello che dicesi dell'estinzione della discendenza, molto più si applica al caso della mora, d'onde proviene la reversione per caducità. Ognuno sa che ogni clausola commissoria (apposta *in vim pacti legis commissoriae*, per cui risolvesi un contratto) si concilia ordinariamente colla vendita, nella quale è fuor di dubbio trasportarsi l'intiera proprietà nel compratore; e però se dalle mani del livellario il fondo ritorna al livellante per fatto del livellario stesso che tralascia di pagare il canone entro il tempo convenuto, ciò non deriva essenzialmente dal supposto dell'esistenza della proprietà o di porzione della medesima presso il concedente, ma bensì dalla forza del patto commissorio stabilito nel contratto originario.

Un'altra osservazione importante per tutta la materia si è, che l'alienazione a perpetuità si verifica tutte le volte che la concessione ad enfiteusi non è limitata a una o a certe età determinate (poichè veramente allora è temporaria), ma si estende a qualunque discendenza, o solamente alla posterità sia maschile, sia femminile dell'investito; e ciò perchè rendesi essenzialmente indefinita la durata della concessione medesima; di modo che nelle cose legali la perpetuità si verifica tutte le volte che il tempo non è certamente limitato, ma il di lui corso è abbando-

(1) Vedi MERLIN questions de droit tom. IV. V°. *Moulin* pag. 290, 291.

nato indefinitamente alla durata delle generazioni, e talvolta sorpassa i limiti della prescrizione a differenza della perpetuità presa in senso filosofico, che mal si potrebbe applicare agli affari umani. Prova di ciò ne sia la citata autorità del sig. Merliu nella enfiteusi da lui contemplata, che considerasi perpetua, sebbene sottoposta a riversione nel caso dell'estinzione della discendenza sia mascolina, sia femminina del concessionario.

Dopo di avere esaminati gli effetti delle nuove leggi sulle rendite livellarie continuative dopo il codice Napoleone, si scorge di leggieri aver le nuove leggi e quanto al debito della prestazion livellaria, e quanto alla sicurezza della esazione, mantenuto perfettamente il diritto quesito alle parti; nè essersi nociuto nè punto nè poco al loro interesse, benchè sia stato sciolto il vincolo del condominio. Lo stesso dir si deve rispetto ai diritti eventuali del *laudemio*, in caso di mutazione, e di ogni altra utilità a favore del livellante, la quale potendosi verificare anche coll'alienazione della piena proprietà, riesce onninamente compatibile col sistema delle nuove leggi.

II.

Effetto delle nuove leggi su i livelli anteriori continuativi in futuro ed a perpetuità.

A che dunque riducesi l'effetto delle nuove disposizioni del codice Napoleone nei livelli perpetui in futuro? Esso riducesi solamente a regolare il *modo di esecuzione* del contratto, in relazione all'eminente interesse pubblico dello *svincolamento delle proprietà*, salvo ogni diritto anteriormente quesito alla parte.

Al rinnovarsi indefinitamente in ogni anno il titolo della prestazion livellaria, stipulata in perpetuo, si rinnova veramente un titolo mantenuto per ministero solo della legge,

perocchè per sola autorità della società vivente nei secoli si può dar forza perpetua all'atto di uno speciale individuo particolare, il quale estendere non può la sua autorità che entro il solo periodo della propria vita.

Separando pertanto nel contratto originario l'effetto proprio dell'antorità del cittadino privato, dall'effetto proprio dell'antorità della legge, ognuno scorge che l'autorità privata per ragion essenziale e naturale non si estende oltre la vita dell'individuo; l'autorità per lo contrario della legge si estende per tutte le età che formano la vita dello stato. Dal che ne nasce la luminosa conseguenza che se fin da principio in nn contratto qualunque si contempla la *perpetuità*, questa *ipso jure* non riceve la sua forza legale che dal ministero solo della legge, e per ciò stesso inchinde la tacita condizione di soffrire tutte quelle modificazioni che l'interesse pubblico può esigere col tratto del tempo per l'interesse comnne, il solo prevalente ed animatore della legge medesima.

Vi ha ancor di più. Fin da principio intervenendo l'azione propria della legge per mantenere a perpetuità le condizioni ed i vincoli legali del contratto, al sopravvenire di una nuova legge che ne regoli in altra maniera il modo di esecuzione, altro non si verifica se non che la uuova legge agisce sull'antecedente, senzachè venga in alcun modo alterato l'interesse particolare, avvegnachè ogni elemento di particolare utilità (che solo poteva essere di spettanza privata) viene mantenuto.

Lungi dunque che accada veruna lesione di un diritto quesito particolare (nel che consiste la viziosa retroazione della legge), si sente all'opposto, che la legge rispetta ogni diritto quesito. Ella è anzi generosa mantenendo fra le generazioni diverse un effetto che essa avrebbe potuto togliere in vista di nn eminente interesse, al quale in forza della legge sociale, ogni singolo individuo conformar si dovrebbe con privato sagrificio, onde ottenere il largo compenso della protezione ed estensione de' suoi individuali

diritti, e di tutti i vantaggi che ridondano dalla collegauza civile (1).

Ecco perchè sta sempre in potere del legislatore di regolare *per l'avvenire* il modo di esecuzione dei contratti, e di sostituire il modo che conviene al sistema generale da lui stabilito, ad altri modi particolari che non sarebbero in armonia col sistema generale, come classicamente fu dichiarato dalla corte di cassazione dell' impero colla sua decisione 6 luglio 1812 riportata nel Giornale di Giurisprudenza (2).

III.

Continuazione.
Nuove affezioni e doveri relativi ai livelli perpetui.

Tolto di mezzo l'obbietto della viziosa retroazione, applicando le disposizioni del codice Napoleone agli antichi livelli perpetui in oggi esistenti, e mantenuti a perpetuità, resta la strada spedita a provare le altre parti della proposta tesi.

1.° Fu detto in primo luogo, che la rendita ossia il canone è di *ragione mobiliare*, e non immobiliare. Ciò non abbisogna di dimostrazione dopochè fu dimostrato antecedentemente esser stato tolto il *jus in re.*

2.° Fu detto, che il fondo resta *impegnato* per sicurezza dell' esigenza della rendita; e quindi essere il fondo stesso affetto dal peso della medesima. Il credito pertanto della rendita è un credito con ipoteca rispetto al livellante, e un

(1) « On exagérait beaucoup trop le principe de la non « retroactivité des lois, si l'on allait jusqu'à dire que le legi- « slateur ne peut plus absolument rien à l'égard des *contrats* « *passés* qui ont une longue suite d'execution qu'il ne peut « plus imposer *aucune condition nouvelle*, quoique elle fût « appropriée aux nouveaux besoins de la societé. (Merlin repertoire *V.o Rente constituée* tom. XI. ediz. 1809 pag. 36).

(2) Vedi Vol. V, pag. 59 e seg.

debito con ipoteca rispetto al livellario. Per questa ragione nei decreti 12 genuaio e 4 agosto 1807 il livellario fu considerato e chiamato semplice debitore, ed il livellante semplice creditore.

Qui però non si tratta più della natura propria della rendita, ma bensì dei *vincoli di sicurezza*, onde effettuarne l'esigenza a favore del livellante. La natura del vincolo è correlativa alla natura del diritto; e siccome la conversione da immobiliare in mobiliare è fatta per solo ministero della legge, così il vincolo ipotecario, ossia meglio il privilegio viene indotto per opera della nuova legge medesima, in vista per altro del contratto anteriormente stabilito; e però se la nuova legge toglie il *jus in re*, e sostituisce il *jus ad rem* propria degli enti mobiliari, non libera il fondo enfiteutico da qualunque vincolo, ma ne sostituisce un altro adattato alla natura nuovamente data alla rendita medesima.

Sarebbe un vero abuso di raziocinio, e si farebbe ingiustamente retroagire la legge, se limitandosi alla semplice abolizione del vincolo immobiliare, si volesse dedurne l'assoluta libertà del fondo, e compromettere la sorte del creditore, togliendogli ogni futura sicurezza all'esazione del suo credito. Due operazioni pertanto conviene ravvisare nel cod. Napoleone su di questo punto, la prima negativa, la seconda positiva: la prima abolitiva, e la seconda sostitutiva. La prima consiste nell'abolire il *jus in re*, ossia il vincolo immobiliare: la seconda nel sostituire la natura mobiliare, ed il privilegio sul fondo per la esigenza del nuovo credito mobiliare.

Ciò tutto viene stabilito come risultato delle disposizioni combinate del cod. Napoleone (1), e viene confermato dall'autorità del decreto recentemente emanato per i dipartimenti anseatici, ne' quali erano in vigore i detti livelli, come nell'Italia. Si badi bene che questa disposizione non è di speciale diritto; ma un semplice corollario legale, ossia meglio un risultato essenziale dell'applicazione del codice

(1) Veggasi la nota n. I.

Nap. alla natura propria di siffatte rendite mantenute in futuro; talchè in qualunque luogo, dove siffatte rendite preesistevano e son mantenute, la nuova legislazione civile venga applicata, ne deve nascere lo stesso risultato, come essenziale derivazione dei rapporti combinati.

In detto decreto all' art. 37 si dispone quanto segue: « pour suréte de l'acquittement des redevances maintenues jusqu'au rachat, et du capital du rachat, les propriétaires auront, sur ces fonds grevés, un privilège qui s'exercera immediatement après celui du fisc pour les contributions, pourvu que . . . il ait été par eux pris inscription au bureau des hypothèques. » Cette inscription conservera ledit privilège pour les arrérages echus . . . jusqu'a concurrence de deux années » (1).

Più cose conviene distinguere in questa dichiarazione dell'applicazione delle nuove leggi in paesi dove erano in uso siffatte prestazioni perpetue di natura immobiliare, cioè:

1.° Essersi dette rendite rese *redimibili*, mentre prima erano irredimibili. Ciò è la conseguenza necessaria degli art. 529, 530 del cod. Nap., il quale non riconosce più rendite immobiliari di sorta alcuna.

2.° Essersi sostituito al vincolo del condominio, ossia al *jus in re*, un privilegio sul fondo affetto a detta rendita.

3.° Essere stata fissata la *poziorità* di detto privilegio o ipoteca privata, salva la sola prelazione del privilegio del pubblico tesoro per le *pubbliche* contribuzioni (2).

(1) Decreto imperiale del 9 dicembre 1811 n. 407 del bollett. des lois tom. 39 pag 513 e seg. Sirey tom. XII. part. II pag. 52.

(2) L'anteriorità del privilegio del tesoro per le pubbliche imposte, affettando il fondo, qualunque ne sia il padrone, si verifica tanto nell'ipotesi del condominio, quanto nell'ipotesi che la proprietà tutta si trovi nelle mani del livellario; e però sta sopra all'interesse delle parti civili. Era poi giusto, che il privilegio del livellante fosse anteriore a quello di qualunque altro privato creditore del livellario; imperocchè se nel primo momento che nel livellario passò il dominio della

4.° Essersi detto privilegio stabilito per *ministero della legge*, la quale nell'atto di convertire la rendita immobiliare in rendita mobiliare, sostituì il vincolo del privilegio al vincolo del condominio.

5.° Essere stato per altro ingiunto l'obbligo dell'inscrizione all'ufficio delle ipoteche, come in ogni altro caso; stante che il titolo inducente il privilegio o l'ipoteca, benchè possa intrinsecamente assicurare la rendita al privato, ciò non ostante non può servire all'*effettivo esercizio* del privilegio medesimo, se non mediante questa inscrizione, la quale per se stessa è totalmente di ordine pubblico, perchè fondata sul motivo della pubblica sicurezza delle contrattazioni; la qual cosa è totalmente indipendente dalle ragioni emergenti dalla costituzione del contratto fra i privati, qualunque ne siano le condizioni ed i rapporti (1).

6.° Rimane finalmente l'azione per le *rendite scadute* ed arretrate. Nell'ultima parte del citato art. altro non si fa che applicare la disposizione dell'art. 2151 del cod. Nap. Nel citato decreto 9 dicembre 1811, parlando di questi arretrati colla disposizione dell'art. 38, si induce l'obbligo della rinnovazione a norma dell'art. 2154. « La même inscription conservera pour le suite le privilège à l'égard de deux années d'arrerages, pourvu qu'elle soit renouvellée aux époques fixées par l'art. 2154 du cod. Nap. » (Art. 38).

cosa, ne fu riservata parte al livellante, di modo che dal livellario non poteva essere disposto a favore di alcun suo creditore, ma sempre costituiva a favore del direttario un jus precipuo ad esigere il canone a titolo di condominio; egli era giusto dopo che fu immutato il diritto della rendita, che il livellante godesse di questa prelazione, e però fosse dalla legge conservata a suo favore come surrogato, senza di che la legge avrebbe leso il diritto quesito del livellante medesimo.

(1) Art. 2126 del codice Napoleone.

IV.

Degli affitti perpetui.

L'oggetto di queste osservazioni essendo precipuamente quello di far sentire l'effetto del cod. Napoleone sulle rendite anteriori mantenute, e che prestar si debbono in futuro, onde far camminare tutte le parti della legislazione in una perfetta armonia, salvando ai privati i loro diritti quesiti, ci costringe qui ad arrestarci *sugli affitti perpetui* conosciuti sotto l'impero dell'anteriore legislazione, e che continuano sotto della nuova.

Taluni consultando più il senso materiale delle parole, che l'indole reale delle cose; più l'opinione propria astratta, che la mente concreta del legislatore, più le ipotesi isolate dello stato nudo anteriore, che le conseguenze che nascono dall'attivazione del codice Napoleone si sono fatto lecito di porre in disputa, se negli affitti o locazioni perpetue si debba considerare esistere il condominio fra il locatore ed il conduttore, o se tutta la proprietà risegga nel locatore, rimanendo presso del conduttore il semplice godimento dell'usufrutto, come nelle locazioni temporarie.

Fa certamente meraviglia, che questa questione venga trattata, ponendo in non cale il supposto del legislatore che attivò il codice Napoleone. Certamente se constasse avere il legislatore opinato non verificarsi il condominio suddetto, e molto meno il dominio tutto esistere presso del locatore (lochè niun giureconsulto osò mai asserire), e per lo contrario la proprietà tutta risedere presso del conduttore, ed in conseguenza di ciò aver esso tolta ogni differenza fra le pensioni pagate a titolo di perpetua locazione, e le altre rendite fondiarie perpetue, e rese da lui redimibili, non rimarrebbe più luogo a veruna disputa su gli effetti propri delle anteriori locazioni perpetue.

Sotto di questo aspetto complessivo riguardare e trattar si doveva la questione, e non scindere capricciosamente la

mente e gli oggetti contemplati dal legislatore. Egli ben sapendo, che in futuro queste rendite anteriori continuar dovevano, non poteva dispensarsi dal comprenderle nelle sue disposizioni dirette al futuro. Asserire il contrario sarebbe lo stesso che accusarlo d'una stolida imprevidenza: sarebbe lo stesso che dire aver esso voluto conservare un sistema contradittorio all'unità dei suoi principj, ed autorizzare il corso di due legislazioni fra di loro discordanti. Sarebbe lo stesso che smentire un fatto solenne della moderna legislazione.

Ciò premesso, io domando quale sia stato il pensiero del legislatore su di questa specie di contratti, e prima e dopo l'emanazione del codice medesimo?

Da tutti i partiti è riconosciuto senza difficoltà, che l'Assemblea costituente ritenne che le locazioni perpetue sono una specie di rendita fondiaria; che per esse si verificava il vincolo del condominio come nei livelli; ed in conseguenza di ciò » fu stabilito con la legge 18 dicembre 1790 che le rendite o pensioni fondiarie stabilite da' contratti conosciuti in alcuni paesi sotto il titolo di *locazioni perpetue*, fossero soggette alla facoltà di redenzione accordata da molti decreti (1) ».

« Questa legge speciale (dicesi), che tolse in Francia qualunque differenza tra l'affitto perpetuo, e quello che ivi si chiama *à rente foncière*, e che ritiensi traslativo di proprietà, fu il tipo delle successive disposizioni, e decisioni relative a questa specie di contratti ».

Queste disposizioni (io proseguo) non furono mai rivocate nè prima del cod. Nap., nè nella compilazione del medesimo; anzi consta essere state trasfuse, e come in compendio accennate nell'art. 530 del codice stesso per ciò che riguarda *il diritto*. Per quello poi che spetta alla loro esecuzione, essere stato ritenuto *il modo* già fissato, di maniera che esso fu posteriormente, coi decreti 8 novembre 1810,

(1) Vedi il testo di questa legge pag. 229 del vol. V. Giornale di Giurisprudenza.

6 gennaio e 19 aprile 1811, esteso a tutti i dipartimenti uniti alla Francia dopo il 1810 (1).

Si oppone da taluno, che queste ordinazioni non essendo state pubblicate in Italia, non possono aver avuto effetto in Italia come in Francia. Io domando se in Italia, come in Francia abbia effetto il codice Napoleone? Di ciò non si può più dubitare. Ora domando di nuovo se l'art. 530 dello stesso codice abbia effetto tanto in Francia, quanto in Italia? L'affermativa non soffre dubbio. Dunque sarà vero che anche in Italia « qualunque rendita perpetua stabilita in corrispettivo del prezzo di uno stabile, o come condizione della cessione dei beni immobili fatta a titolo oneroso o gratuito, è essenzialmente redimibile » come letteralmente dispone il detto art. 530. É vero o no che la pensione di una perpetua locazione è una rendita perpetua stabilita come condizione della cessione dell'immobile dato ad affitto perpetuo? È vero o no che questa rendita ha luogo sotto l'impero del codice Napoleone? Che cosa dunque osta affinchè la disposizione dell'art. 530 non sia applicabile agli affitti perpetui continuativi in Italia dopo il cod. Napoleone?

Forse si obbietterà che questa rendita non fu originariamente costituita sotto il codice medesimo. E che perciò? io rispondo: forsechè ogni anno questa rendita non si rinnova sotto l'impero del medesimo? Oltreciò o i rapporti legali anteriori (salvo ogni privato diritto quesito) sono compatibili colle disposizioni del nuovo codice o no. Se sono compatibili, cessa ogni controversia; se poi sono incompatibili, essi debbono cedere ai rapporti novelli per sottomettere tutti i loro effetti al sistema attualmente vigente, per il noto principio della prevalenza delle nuove leggi sulle anteriori, fino nelle materie costituzionali. (2)

(1) Vedi collection des lois françaises edit. par Rondonneau. — Paris dans l'imprimerie d'Ange Clo 1811, tom. III. pag. 318

(2) Vedi la nota n. III.

Ma se giusta i rapporti delle vecchie leggi la prestazione della pensione perpetua non era redimibile, e se all'opposto dopo il codice Napoleone sono tutte redimibili, ne viene la necessaria conseguenza che dopo il codice Napoleone l'obbligo della prestazione delle suddette pensioni è di sua natura redimibile dall' affittuario, e per una necessaria ed intima conseguenza, o a dir meglio per un supposto indivisibile, la proprietà si considera tutta presso l'affittuario medesimo, al quale viene attribuito il diritto di liberarsi dal peso della prestazione. Sarebbe difatti assurdo il supporre in lui il diritto di riscatto della prestazione, senza supporlo proprietario del fondo, cui egli vuole liberare. D'altronde la irredimibilità è attributo della sola legge, come la perpetuità.

Una delle due. O conviene far camminare in perpetuo un ramo di legislazione non assistito in alcuna parte dal sistema vigente (1) e formalmente contrastante col medesimo, o conviene ammettere la redimibilità dell' affitto perpetuo ordinata dall' art. 530 del codice Napoleone.

Le leggi del 1790, e la successiva loro promulgazione dopo il codice Napoleone nei dipartimenti francesi nuovamente aggregati, non sono dunque esclusivamente attributive del diritto, ma servono solamente a dilucidare il disposto dell' art. 530, e a segnare le *discipline* del riscatto di cui manchiamo tuttavia.

Perlochè si vede con quanta poca ragione sia stato affermato « Non essere presso di noi stata promulgata nessuna legge in questo proposito; e che perciò restano fermi i generali principj sulla natura di simile contratto di perpetua locazione, rispetto al quale, tanto meno potrebbe ritenersi regolato da leggi o massime posteriori, quand' anche esistes-

(1) Ciò che il sig. MERLIN annotò quanto alle rendite fondiarie immobili sul punto d'ogni mancanza, ed anzi di positiva *contrarietà* di disposizioni del cod. Nap. si verifica identicamente delle locazioni perpetue, e dei livelli che non sono che parti delle rendite fondiarie; come tosto si dimostrerà. V. la nota I.

sero, quanto più è certo che trattasi di determinarne l'indole originaria. Questi principj pertanto debbono aver luogo finchè la nostra legislazione non sia conformata anche in questa parte a quella di Francia, rapporto pure agli *affitti perpetui* anteriori, o non si presentino per avventura de' contratti di questa specie, i di cui patti particolari autorizzano a ritenere seguita una vera mutazione di proprietà. »

In questo ragionamento si suppongono tre cose egualmente false: cioè 1.° che sotto il regime delle leggi anteriori d'Italia col contratto di perpetua locazione non si trasportassero nell'affittuario maggiori diritti di quelli che si trasportavano colla locazione temporaria, lochè è evidentemente falso; perchè consta essere sempre stato ritenuto che colla locazione perpetua veniva trasportato come nell'enfiteusi, e nella *rente foncière, il dominio utile* nell'affittuario, di maniera che si verificava per questo contratto un vero condominio nel locatore e conduttore come nell'enfiteusi. (1)

2.° Si suppone che colla emanazione del cod. Nap. non sia stato tolto questo condominio come nei livelli perpetui, e non sia stata trasportata invece tutta la proprietà in testa del solo affittuario perpetuo; di più si suppone che per operare questo svincolamento fosse necessaria una legge espressa derogatoria; quasichè la continuazione di questo condominio inducente una specie particolare di proprietà irredimibile ed immobiliare fosse compatibile tanto colla distinzione dei beni stabilita dal codice, quanto coi caratteri di *redimibile, e di mobiliare* attribuiti ad ogni rendita fondiaria nel regime ipotecario, e supposta in tutte le transazioni commerciali (2) del cod. Nap., o quasichè due sistemi fra loro discordanti potessero camminare perpetuamente di conserva, o non piuttosto il posteriore derogar debba all'anteriore o pel solo motivo dell'incompatibilità, o per la cessazione dell'ordine delle cose, dal quale dipendevano i vincoli immobiliari. (3)

(1) Ciò viene provato colla nota II.
(2) Vedi la nota I.
(3) Vedi la nota n. III.

3.° Si suppone nel recato argomento che da niuna legge italiana vigente in oggi la locazione perpetua sia stata espressamente considerata come *operativa di mutazione di proprietà*. Ciò è falso in fatto. Perocchè, indipendentemente dalle conseguenze necessariamente derivanti in Italia del citato art. 530 del cod. Nap., si consulti il decreto 10 febbrajo 1809 art. 22. 23, nei quali espressamente si considera questo contratto come causa di vera mutazione di proprietà, (1) si consulti inoltre l' articolo 84 §. 2 della legge 21 maggio 1811, nella quale contemplando espressamente gli affitti *perpetui*, si suppone lo stesso. Si rifletta che questa legge è fatta per l' Italia, ed operativa ne' suoi rapporti essenziali, e ne' suoi supposti di diritto civile giusta quanto fu osservato (ved. il vol. V del giornale di Giurisp. pag. 111. a 117) e così cesserà ogni dubbio.

Conchiudasi pertanto che le locazioni perpetue, al pari delle rendite enfiteutiche, cadono sotto la disposizione dell' art. 530 del codice Napoleone.

V.

Coincidenza delle diverse rendite fondiarie anteriormente conosciute in Francia colle rendite fondiarie conosciute in Italia.

Postochè il cod. Napoleone colla disposizion generale dell' art. 530 agisce tanto sulle rendite fondiarie anteriormente costituite, quanto su quelle che in futuro si potrebbero stabilire; e postochè esso non può agire sulle anteriori introdotte in Italia, se non in quanto per la loro reale somiglianza possono essere contemplate, disponendo di quelle introdotte in Francia; ragion vuole di farne sentire la coincidenza, per ravvisare gli effetti conseguenti della legge, e dirigerne convenientemente l' applicazione.

Affine di prevenire ogni confusione, convien premettere,

(1) Vedi il quinto tomo del Giornale di Giurisprudenza pag. 212, 213 e 214.

che sebbene sotto la denominazione di rendita in genere possa cadere ogni sorta di utilità periodicamente prestata fra due persone o perpetuamente o temporariamente, per causa di un bene mobile o immobile, e quindi anche di denaro dato e rispettivamente ricevuto, ciò nonostante le nostre considerazioni si arrestano soltanto a quella specie di rendita che colpisce un immobile, e che si presta periodicamente ed in perpetuo, e rispettivamente si riceve a cagione della tradizione dello stesso immobile, e per conseguenza le osservazioni non vengono estese al *genere universale* delle rendite, ma limitate allo speciale della rendita, così detta, *fondiaria*.

Questo genere di rendita comprendeva in Francia altre specie subalterne e distinte, come si dirà in appresso. Frattanto giova notare, che qui non si parla nè della *rente constituée* sinonima del nostro censo consegnativo, che veniva definito *contractus quo quis praetio accepto alteri vendit jus percipiendi annuam pensionem ex re vel persona, atque inde consignativus seu constitutivus dicitur: gallice* RENTE CONSTITUÉE. (1) Nemmeno qui si parla del censo vitalizio, riconosciuto in Francia sotto il nome di *rente viagère*, il quale dal nuovo codice è posto sotto la categoria dei contratti aleatorj, e che può appartenere all'una o all'altra specie di rendita secondo che esso è costituito o in vista della tradizione di un bene immobile, o in vista di un capitale pecunario indipendente, o in vista finalmente del prezzo dell'immobile stesso costituito in capitale.

Circoscritta l'ispezione entro i limiti della rendita fondiaria, noi faremo in primo luogo osservare ciò che era comune alla Francia e all'Italia quanto all'applicazione dell'idea principale. In Francia la denominazione di *rente foncière* presa in tutta la sua estensione veniva definita « le droit de percevoir tous les ans sur un fonds une redevance fixe en fruit ou en argent, laquelle doit être payée par le

(1) RICHERI jurispr. univers. tom. X. lib. III. tit. XXI. §. 1518.

détenteur. » (1) Questa definizione del sig. Merlin coincide con quella di Loiseaux, espressa nei seguenti termini « les rentes foncières sont des redevances principales des heritages, imposées en l'alienation d'iceux. » (2)

Questa definizione venne canonizzata da una decisione della corte di cassazione dell' impero colle seguenti parole « en principe, la rente foncière est une charge réelle inherente au fonds sur lequel elle a été retenue et constituée par le bailleur *in traditione fundi.* » (3)

Benchè qualsinsi contratto, in cui per la concessione di un immobile si presta e rispettivamente si riceve una rendita periodica in generi o in denaro, cada sotto il nome di *rente foncière,* e però si comprenda tanto il censo riservativo propriamente detto, quanto l' enfiteusi o il fitto perpetuo, tuttavolta per una specie di antonomasia la denominazione di *rente foncière* fu promiscuamente adoperata in Francia per disegnare le rendite livellarie. Ciò consta da autorità tanto antiche quanto moderne. Fra le antiche noi scegliamo le celebri decisioni del parlamento di Parigi redatte da Anneo Roberto, e particolarmente la causa Morel e Migot decisa il 13 dicembre 1583. « *Titius fundum Sempronianum Sejo ea lege cessit et tradidit, ut quotannis Sejus certam frumenti quantitatem ex eo praedio penderet. Praestationem illam seu pensionem annuam vocare possumus aut canonem enphyteuticum aut reditum annuum.* Nos contractum ipsum appellamus *bail à rente foncière.* (4)

Fra le moderne, per tutte basterà la discussione del Consiglio di Stato del 15 ventoso an. XII., nel quale parlandosi unicamente dei livelli, perpetuamente si è adoperata la denominazione di *rente foncière.* « Avant de se decider sur l'admission ou le rejet du contrat du *bail à rente foncière*,

(1) Merlin repert. *V.° Rente foncière.*

(2) Du degerpissement chap. 3 parag. 8.

(3) Decisione 12 piovoso an. XI. nella causa tra Fortin e gli eredi Seron. Sirey tom. III. par. I. pag. 222.

(4) Vedi Annaei Roberti *rerum judicat. lib. III. cap.* 14 *pag.* 729.

il faut se bien fixer sur sa nature et sur son objet. Ce bail est un contrat par lequel un propriétaire qu'à des fonds incultes, ou qui ne peut facilement cultiver, les cède à un autre, à la charge par celui-ci de lui payer, en argent ou en deurées, une rente convenue pour tout le temps qui possédera le fonds. Ce contrat était connu des Romains, qui l'appellaient *emphyteusis*, c'est a dire, ***bail pour améliorer.*** »(1)

Ciò che noi abbiamo osservato per la Francia, sia per la latitudine generale del senso della denominazione di *rente foncière*, sia per la sua applicazione alle enfiteusi, si verificò pure nella pratica comune dell' Italia, come viene attestato da tutti gli scrittori che parlarono dell' una e dell' altra materia. Tutti que' contratti, ne' quali per causa di un immobile veniva prestata una rendita, benchè essi fossero fra loro diversi (tutti convenendo nel comune carattere di dare diritto ed imporre l' obbligo di siffatta prestazione), ricevevano per questo titolo la denominazione comune di CENSO, la quale perciò presa nel senso suo generale, fu caratterizzata come di moltiplice significato, e comprensiva di ogni rendita o radicata su di un fondo, o prestata in vista del dominio e godimento del fondo medesimo.

Ista vox et iste terminus census est equivocus, cum de pluribus censuum generibus intelligi possit. (2)

Sumitur etiam latius census jure canonico pro eo quod annuatim praestatur alicui.... Addit OTTALORA *sumi etiam censum generalissime pro quocumque onere alicui imposito.* (3)

Una specie particolare di questo censo reale distinto dal consegnativo, ossia dalla *rente constituée,* si è il CENSO RISERVATIVO, che venne definito *contractus quo quis fundum al-*

(1) MERLIN repert. *V.° Rente foncière art. V.*
(2) CENCI *de censibus quaest.* 1. *n.* 1.
FRIDERICUS MARTINUS *tract. de jure cens. cap.* 1 *et* 2.
GASPAR. RODERIC. *de annuo reddit lib.* 1 *quaest.* 2.
CABALLINUS *millequio* 171.
CARPANUS *ad statuta Mediol. cap.* 403 *n.* 13.
(3) MOLINA *tract. de contract. disput.* 381 *n.* 1.

teri pleno jure dat reservata annua pensione ex eodem fundo percipienda. (1) Di questo abbiamo un esempio preciso nella leg. ult. *cod. de rerum permutat.*

Quanto poi alla enfiteusi, non v' ha dubbio che per il diritto e rispettivamente per l' obbligo dell' annua prestazione del canone essa non sia stata compresa sotto la denominazione generale di censo, come opportunamente fu annotato da più scrittori, e dai tribunali : *census reservativus capitur pro contractu libellario et emphyteuticario*, dice un classico autore. (2) Lo stesso vien confermato dalla Rota Romana nella sua decisione del 20 marzo 1623 riportata dal Cenci « *adverterunt domini hoc nomen censuale tamquam equivocum posse convenire tam* EMPHYTEUSI *quam censui.* (3)

Da tutto questo pertanto risulta che alla denominazione generale di censo corrisponde quello del contratto a rendita: e a quello del censo riservativo corrisponde perfettamente la *rente foncière*, sotto della quale viene abbracciato tanto il censo riservativo propriamente detto, quanto l' enfiteusi.

A questa osservazione corrisponde perfettamente la seguente del sig. Merlin : « Il y a beaucoup de pays ou le mot *cens* désigne une rente purement foncière, quelques uns où il est synonyme de *rente constituée*, d'autres où il correspond à *fermage.* » (4)

Dal fin qui detto è manifesto che tutte le leggi emanate nell' impero francese intorno alla *rente foncière*, si possono per identità precisa di oggetto applicare in Italia al censo riservativo ed all' enfiteusi tanto per la traslazione e mutazione della proprietà, quanto per ogni altro effetto comune.

(1) RICHER. *jurisp. univ. tom. X. tit. XXI. lib. III.* §. 1516.
(2) CENCI *de censibus quaest.* 1 *rub. n.* 13.
SOCIN. *senior consil.* 50 *n.* 7 *lib.* 4.
HONDED. *consil.* 71 *n.* 8 *lib.* 2.
RODERIC. *de annuo redditu lib.* 1 *quaest.* 1. *n.* 1.
(3) ROMAN. *Casalis Turris vergatae apud Cenci de cens. decis.* 431 *pag.* 312. Così in MASCARDO alla parola *census* si vede ripetuta la denominazione di *census emphyteuticus.*
(4) Repert. *V.o Cens.* §. 1.

E siccome « avant la loi sur les hypothèques, la *rente foncière* étoit régardée comme formant une partie du fonds sur lequel elle étoit effectuée; depuis, elle a été rangée dans la classe du meuble : elle ne suit plus les biens, mais seulement la personne de créancier, et ne confère plus que une créance ordinaire « (1), e siccome la legge sulle ipoteche fu tutta transfusa nel codice Nap., e perfezionata dal medesimo, come già fu osservato dal sig. Merlin (2), così in forza dell'attivazione del cod. Nap. presso di noi tanto i redditi censuarj, quanto i livellarj sono stati in forza del cod. medesimo collocati nella categoria dei mobili, e l'azione non è più immobiliare, e non segue più i beni, ma solamente la persona, e non costituisce più che un credito ordinario.

In ispecialità poi parlando dei censi riservativi distinti dall'enfiteusi, non può in Italia sorger mai controversia presso chi esista la proprietà del fondo, postochè: *in censu reservativo nulla dominii species remanet penes eum, qui rem tradit; per emphyteusim vero transfertur utile dominium, atque directum remanet apud concedentem.* (3)

Conchiudasi pertanto che tutti i livelli, fitti perpetui, e i censi reservativi, anteriori di qualunque natura, sono intieramente regolati dall'art. 530 del codice Napoleone, e dalle disposizioni dello stesso sul regime ipotecario.

Parimenti non si può muover dubbio veruno per la totale applicazione del §. 2 dell'art. 84 della legge 21 maggio 1811 per la percezione dei diritti di registro, tutta pedissequa al codice Napoleone.

(1) Dictionnaire de legislat. *V.°* *Rentes* §, IV. art. 44.
(2) Vedi la nota I.
(3) Richeri *jurisp. univers. lib. III. tit. XVI.* §. 1517.
Cenci *de censibus quaest.* 1. *n.* 16 *e* 20.
Menoch. *consil.* 291 *n.* 5 *et seqq.*
Leonard. Lessert, Roderic., Serafin, Molina *de contract. disput.* 381 *n.* 2.

NOTE

Nota n.° I.

Della natura mobiliare della rendita livellaria, e del privilegio ipotecario per la sicurezza del credito della medesima in forza del codice Napoleone.

Quest' articolo essendo stato magistralmente trattato dal sig. Merlin, altro non faremo che riportare le di lui parole. Osserveremo soltanto, che lo stesso sviluppo ha luogo anche in Italia, perchè si fa uso delle disposizioni e dei rapporti del codice Napoleone.

« La mobilizzazione delle rendite fondiarie, incominciata colla legge 11 brumale an. 7, è stata completata dal codice Napoleone. »

Dopo aver detto (art. 529), che « sono mobili per determinazione della legge le rendite perpetue o vitalizie, sia sopra lo stato, sia sopra particolari, « prosegue (art. 530) » Qualunque rendita stabilita a perpetuità per il prezzo della rendita di un immobile, e come condizione della cessione a titolo oneroso o gratuito di un fondo immobiliare, è essenzialmente redimibile. È nulladimeno permesso al creditore di regolare le clausole e condizioni del riscatto. È parimenti permesso al medesimo di stipulare che la rendita non potrà essergli rimborsata, se non dopo un certo tempo, il quale non potrà mai eccedere trent' anni. Ogni stipulazione in contrario è nulla. »

« Quest' articolo suppone evidentemente essere libero a qualunque persona, che aliena un fondo, di riservarsi su di esso una rendita perpetua redimibile, non solamente allorchè quest' alienazione si effettua in forza di un contratto di vendita, cioè a dire, mediante un prezzo determinato in danaro, quale forma il capitale della rendita, ma ancora per una cessione senza prezzo determinato in danaro, e sotto

la condizione che a lui sarà pagata dall' acquirente una rendita sino al riscatto. »

« Ora cedere un immobile senza alcuna determinata somma in denaro, e sotto la condizione che l' acquirente pagherà al venditore una rendita, egli è fare evidentemente ciò che nell' antica giurisprudenza chiamavasi *una concessione a rendita* (*bail à rente*). »

« Ma ogni rendita stipulata per una concessione a rendita, non è forse per ciò solo una rendita fondiaria? In conseguenza di ciò, come dubitare si può mai che la stipulazione delle rendite fondiarie non sia autorizzata dal cod. Nap.? Ad onta di ciò apriamo il processo verbale della discussione del codice Nap. del Consiglio di Stato, nella seduta del 15 ventoso an. XII. (Epoca nella quale tutto il cod. era stato discusso senza che si avesse pensato a inserirvi la disposizione che forma al dì d' oggi l' art. 530.) . . . . .

« Che mai risulta dall' esame di questo processo verbale? Una cosa semplicissima: cioè che la concessione a rendita è mantenuta dal cod. Napoleone: ma che la prestazione, che è il prodotto di questo contratto, non forma più, propriamente parlando, una *rendita fondiaria*, e ciò perchè questa prestazione non esiste più nell' immobile, del quale essa è prezzo; che essa non è più una parte dell' immobile medesimo; che essa non è che una rendita sopra il particolare, nella proprietà del quale quest' immobile è passato in forza della concessione a rendita, e che per conseguenza essa è compresa nell' art. 529, che dichiara mobili per determinazione della legge le rendite perpetue sopra i particolari. »

« Infatti non v' è mezzo. O essa è mobiliare secondo quest' articolo, o è immobiliare in conseguenza degli articoli che determinano quali beni debbono esser considerati come immobili. Ora nella nomenclatura contenuta negli art. 517 al 526, di tutte le specie de' beni ai quali si può applicare la denominazione d' immobile, non havvi una sola parola che possa applicarsi alla rendita di cui trattasi. Non vi ha dunque che la qualità fittizia di mobile che possa convenire a questa rendita. »

« Aggiungiamo che per l' art. 530 la rendita creata *come condizione della cessione a titolo oneroso o gratuito d' un fondo immobiliare* è intieramente assomigliata alla rendita creata *per il prezzo della vendita di un immobile*. Ora questa è certamente dovuta dalla persona dell' acquirente, e conseguentemente mobiliare. In conseguenza di ciò, com' è egli possibile di non collocare egualmente l' altra rendita nella classe dei debiti personali, e per conseguenza dei mobili? »

« Ma per ciò che la rendita fondiaria è assimilata dal codice Napoleone alla rendita creata per il prezzo della vendita di un immobile, ne risulta una conseguenza importantissima; ed è che la rendita forma per colui, al quale la medesima appartiene, un credito così privilegiato, siccome lo è per il venditore il credito del prezzo del fondo che egli ha venduto. » (1)

Nota n.° II.

Secondo il diritto comune anteriore d' Italia nella locazione perpetua esisteva un vero condominio reale nel locatore e nel conduttore sul fondo affittato.

« Nessuno ha mai dubitato (ha detto taluno), che per la natura del contratto di locazione in genere non altro si trasferisca nel conduttore, che l' uso ed il possesso naturale della cosa locata a fronte di una mercede annua, e che per quanto sia lunga od anche perpetua la locazione, giammai si operi *mutazione di proprietà.* Diversamente il contratto cangierebbe natura, passerebbe in un altro. »

« Difatti si trova bensì che la locazione perpetua *sapit speciem alienationis*, si trova che si *approssima all' enfiteusi*; ma non si trova che sia nè alienazione, nè vera enfiteusi, come si distingue altresì a tratti assai caratteristici dal censo, e dal così detto *bail à rente foncière*. La proprietà

(1) Merlin repert. *V.° rente foncière* tom. XI. pag. 108 a 113.

fondiaria, ed il possesso civile restano sempre nel locatore. »

Più cose osservar si debbono in questo discorso.

1.° Si afferma, che niuno ha mai dubitato dell' *identità* legale fra la locazione perpetua e temporaria. Ed io vi dico che dai Romani in qua ninno ha mai dubitato della essenziale *diversità* fra la locazione temporaria e la perpetua, di modo che nella temporaria non fu mai attribuito al conduttore veruna *padronanza* sulla cosa medesima, ed all' opposto nella perpetua fu a lui attribuita se non l' intiera proprietà, almeno *parte* della padronanza, ed un vero *jus in re*, dal quale nasce in lui l' azione *in rem* per rivendicare a guisa di padrone il fondo dalle mani di chi che sia, e fin anche contro lo stesso locatore; lochè non fu mai attribuito al conduttore temporaneo.

Per evitare qualunque confusione conviene distinguere tre proposizioni. Altro è il dire, che l' affittuario a perpetuità fosse pieno proprietario, ed altro è il dire, che avesse un *condominio*, come nell' enfiteusi e nella *rente foncière*, ed altro è finalmente il dire che non avesse veruna ragion di condominio al pari del conduttore temporario. La prima e l' ultima proposizione non fu ammessa giammai dalla pratica italiana. La seconda per lo contrario ebbe principio fino dai Romani, e fu continuatamente sostenuta sotto l' impero delle leggi precedenti.

Eccone le prove. Nella legge 1 *ff. si ager vectigalis* si contempla un affitto perpetuo di un fondo conceduto ad un privato da un municipio. La qualità del locatore non è per nulla influente a cambiare il diritto, sì perchè il contratto è puramente civile, e sì perchè la persona stessa del municipio si considera ad instar del privato. Che cosa dispone questa legge? *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quamvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes.* Ed affine di togliere ogni dubbio, che la stessa azione competa anche quando il locatore sia privato, soggiunge opportunamente il Modio dopo Gottofredo, *quod si quis a privato quid conduxerit,*

sed non ad modicum tempus eadem actione experietur causa cognita.

Se l' affittuario perpetuo ha un vero *jus in re*, e quindi l' azione *in rem*, che altro non è che lo stesso diritto esercibile in via giudiziaria, è fuor di dubbio aver esso se non la esclusiva proprietà, almeno un vero condominio, poichè DOMINIUM *latiore quidam sensu omne jus in re videtur complecti* (1), a differenza del semplice conduttor temporario, a cui niuna legge attribuì questo speciale diritto, fino al punto che esso sotto le antiche leggi abbandonare doveva il fondo quando veniva alienato dal locatore durante il tempo della locazione stessa, riservata soltanto a lui l' *azione personale* dei danni; dovecchè nell' affitto perpetuo il locatore, lungi di poter alienar il fondo, era all' opposto soggetto alla rivendicazione se in qualunque modo avesse spossessato il conduttore.

Ex iis constat ex locatione (temporaria) non transferri dominium, licet res aestimata conductori data fuerit, NISI PERPETUA LOCATIO sit, ex qua jus dominio proximum transferri vulgo tradunt pragmatici, dice opportunamente il Richero. (2)

Posto ciò, chi non vede la differenza di diritto fra l' uno e l' altro? Chi non ravvisa un vero condominio nell' affittuario perpetuo, e un semplice uso nel temporario? Chi non vede nel locatore a tempo l' assoluto e libero padrone che anche per vendita dispone della proprietà; e per lo contrario nell' affitto perpetuo chi nol ravvisa spogliato di questo diritto per ritener soltanto sul fondo la ragione ad esigere la pensione? Chi non vede all' opposto l' affittuario rivestito di quasi tutta la padronanza?

Chiunque non ignora cosa in se stesso sia il dominio delle cose, sa che, sebbene venga annunziato con un solo nome, esso è un diritto complessivo (come già avvertì il Cumberland) di mille diritti: e che per conseguenza è pra-

(1) VOET *ad pand. lib.* 6 *tit.* 1 §. 1.

(2) Jurispr. univers. lib. III. tit. 19 cap. III. §. 1331 tom. X.

ticamente divisibile in migliaja di diritti relativi all' uso dei beni. Esso per conseguenza somministra nel commercio un aggregato di azioni esercibili sulle cose godevoli, suscettibili di infiniti contratti, e di parziali condizioni.

2.° Si cita la qualificazione data dai prammatici alla locazione perpetua, cioè che *sapit speciem alienationis*, e che è *prossima all' enfiteusi*. Si domanda se questa qualificazione sia stata data per provare l' identità colla locazione temporaria, o non piuttosto per segnare una somma *differenza* fra l' una e l' altra? Incominciando dalla somiglianza coll' alienazione, noi troviamo che essa fu allegata per caratterizzare (come fece il Richeri nel luogo citato) il contratto di locazione perpetua, come traslativo di un diritto prossimo alla proprietà *ex qua jus dominio proximum transferri vulgo tradunt pragmatici*, a differenza della locazione temporaria, nella quale *constat non transferri dominium*.

Quanto poi alla somiglianza coll' enfiteusi, essa si affermava perchè giudicavasi soprattutto colla locazione perpetua transferirsi nell' affittuario il dominio utile come nel livellario. Un punto di coincidenza fra l' enfiteusi e la locazione perpetua consiste appunto nel trasferire *L' UTILE DOMINIO* nel conduttore « *conveniunt autem in multis emphiteusis et locatio in longum tempus* .... 1.° *quia in utroque contractu TRANSFERTUR UTILE DOMINIUM UT SUPRA DIXIMUS.* (1)

(1) Fulgineus *de jur. emphit. praelud. qu. V, n.* 16. 17.

Vegganzi inoltre Tiraquel du retrait lignagere §. 1 gloss. 14 n. 179 e seg.

Mantica *de tacit. et ambiguis lib.* 22 *tit.* 2 *n.* 4.

Serafin. *decis.* 272 *n.* 8, il quale allega questa opinione come *comune* a tutti gli autori, comentando la *leg.* 1 *cod. de jur. emphit.*

Valasco *de jur. emphit. quaest.* 29 *in princip.*, e fra i più antichi vegganzi:

Giovanni de Imola *in capite nulli* 3, *et in capite audientiam.* 1.° *Extravagant. de rebus ecclesiae non alienandis.*

Giovanni Fabru *in leg.* 1 *cod. de jur. emphit.*

Jason. *in leg. naturali ff. de acquir. possess.*, e tutti gli autori riferiti dal Serafino nella decis. 286 n. 2

Ciò stante, ognuno manifestamente vede, che coll'usare delle qualificazioni di *sapit speciem alienationis*, e di approssimazione all'enfiteusi dei prammatici, onde sottrarre la perpetua locazione dal vincolo del condominio proprio dell'enfiteusi, ed escludere dall'affitto perpetuo ogni carattere di alienazione, si produce invece l'effetto opposto; e con una logica del tutto nuova si impiega per provare l'identità, l'argomento che ne prova la diversità, e precisamente l'argomento che prova il dominio reale che si voleva escluso.

Perlochè in forza del diritto comune d'Italia si giunge alla stessa conseguenza dei legislatori francesi, accennata dal sig. Merlin, cioè che quanto al dominio *le bail à locataire perpetuel ne diffère en rien du bail à rente foncière* (1), poichè questo contratto a rendita perpetua induceva appunto questo condominio, come risulta dalle seguenti parole della corte di cassazione sopra riportate (2) « fin a tanto che la rendita fondiaria esiste sul fondo, la proprietà di questo fondo è divisa *tra il concedente, che conserva la proprietà diretta, ed il concessionario che non riceve che la proprietà utile.* « Con questa osservazione restano confutate le altre parti del passo sovra recato, in cui fu detto che relativamente al dominio, la locazione perpetua differisca dal così detto *bail à rente foncière.* Dal che ne segue che la conseguenza, che ne fu tratta, cioè che *la proprietà fondiaria ed il possesso civile restino sempre nel locatore*, è precisamente opposta alle premesse, talchè il passo sovra recato, e che noi confutiamo, è un formale impasto di contradizione.

(1) Questions de droit. *V.° Moulin.*
(2) Vedi Giornale di Giurisprudenza tomo V. pag. 103.

Nota n.° III.

Della prevalenza delle nuove leggi sulle anteriori, benchè non esista una deroga espressa.

Non solamente una legge anteriore vien resa senza effetto o totale o parziale per una espressa abrogazione o deroga fatta dalla legge posteriore, come ognuno sa, ma eziandio per una azione tacita della legge posteriore, sia per incompatibilità di disposizioni o di effetti, sia per la cessazione dell' ordine delle cose, dal quale eminentemente fu dettata la legge medesima, e del quale essa ravvisar si doveva come naturale conseguenza. « Une loi cesse d'être obligatoire non seulement lorsque le legislateur l'a abrogée par une disposition expresse, non seulement lorsqu'elle est suivie d'une autre qui lui est contraire, mais encore lorsque l'ordre des choses pour lequel elle avait été faite n'existe plus, et que par-là cessent les motifs qui l'avaient dictée. » (1)

Le leggi e le decisioni confermano le singole proposizioni racchiuse in questo passo.

Primieramente quanto all' incompatibilità leggiamo nel diritto romano quanto segue. *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint ; idque multis argumentis probatur L. ff. de legib.*

Quum posteriores leges prorsus contrariae sunt prioribus per eas abrogantur priores. Secus quum magis quid diversum quam contrarium praecipiunt: hoc enim casu per eas non abrogantur priores, sed potius ad eas trahuntur, id est cum eis commiscentur. (2)

« Il suffit pour établir un droit nouveau, qu'une loi contienne une disposition contraire à celle renfermée dans une

(1) Vedi Merlin repert. *V.° Rente foncière* pag. 93 e 94.
(2) Pothier *ad pand. justin. lib. I. tit. III. art. IV. n. XIII.*

loi anterieure, encore que la loi dernière en date ne fasse pas une mention expresse de celle qui l'à precédé. » (1)

« Ces lois dont il s'agit, et *toute-autre loi* dont le texte serait inconciliable avec celui de la constitution ont été abrogées par le *fait seul* de la promulgation de cette constitution; et qu'il est inutile de s'adresser au legislateur pour lui demander cette abrogation. »

« En effet, c'est un principe éternel, *qu'une loi nouvelle* fait cesser toute loi précedente, ou toute disposition de loi précédente contraire à son texte; principe applicable, a plus forte raison, à la constitution, qui est la loi fondamentale de l'État. » (2)

Questo stesso principio è avvalorato da parecchie decisioni già accennate. (3)

Quanto poi alla cessazione delle leggi stesse non per l'oggetto particolare su cui statuiscono, ma in forza dei rapporti generali dell'ordine nuovamente introdotto, e che fa cessare l'ordine anteriore, in appoggio della allegata autorità del sig. Merlin, viene il principio sempre usitato, che *cessante causa cessat effectus.* Questo principio ha sempre luogo in qualunque passaggio da una legislazione all'altra, di modo che serve di criterio per determinare se nel silenzio di una nuova legge sopra di un atto, che prima si praticava, si possa o no rinnovarlo sotto l'impero della nuova legge. Imperocchè dall'osservare che la nuova legge tolse di mezzo il *titolo fondamentale* dell'atto, ne viene di conseguenza, che esso non si può più rinnovare validemente, nè può essere produttivo di diritto.

La possanza del principio della cessazione della causa è tale che non solo toglie il diritto di celebrare sotto l'impero

(1) Parere del Consiglio di Stato 11 giugno 1806, approvato da S. M.
Bulletin des lois n 104 del 1806 pag. 181 tom. 29.

(2) Parere del Consiglio di Stato 14 nevoso an. 8 approvato da S. M.

(3) Vedi Giornale di Giurisprudenza tomo V. pag. 1

della legge riformatrice l'atto antico; ma eziandio *interrompe* la continuazione di tutti quegli atti che procedevano dal titolo anteriore operativo sotto la nuova legge. (1)Se il titolo anteriore era fondato sul fatto solo della legge, l'interruzione è *totale:* se poi era fondato sul fatto dell'uomo e della legge (come in tutti i contratti a *perpetuità*), la legge, senza detrar nulla all'interesse legalmente stabilito, ed al diritto quesito privato, opera sul *modo di esecuzione* del contratto per gli effetti rinascenti sotto il di lei impero in forza del principio che:

« Il est toujours dans la puissance du legislateur de régler pour l'avenir le mode d'execution des contrats, et de substituer le mode qui convient au sistème général qu'il établit, à des modes particuliers qui ne seraient pas en harmonie avec le sistème général. » (2)

(1) Vedi un esempio nella decisione tra Sozzi e il Demanio riportata nel giornale di Giurispr. tom. III. pag. 213.
(2) Vedi Sirey tom. VII. pag. 287. 288.

Sotto il Codice Napoleone le rendite fondiarie non costituiscono un diritto di proprietà o di comproprietà. — Esse costituiscono dei semplici crediti ipotecarj soggetti all' iscrizione, e suscettibili d' essere liberati mediante trascrizione.

(Varrè contro il generale d'Aurange d'Angeranville).

FATTO.

Con atto del 14 aprile 1485 diversi particolari presero in affitto a tempo indeterminato (bail à rente), e con diritto di prelevazione dei frutti della terra (Champart), 30000 pertiche di terra componenti il feudo di Edroles, ed altre 20000 pertiche componenti il feudo di Lys da Guglielmo di Mont-Morency signore di Precy, con giurisdizione ed amministrazione di giustizia. Questi fondi costituivano una dipendenza della sua signoria.

Guglielmo di Mont-Morency stipulò a proprio vantaggio la riserva di tutti i diritti di giurisdizione, di libero passaggio, di caccia, di feudalità sui fondi ceduti in affitto.

Il prezzo corrispondente fu una rendita fondiaria d' una mina di frumento per cadauna pertica del feudo di Edroles; ed un contributo in ragione di sedici covoni al cento di tutto il grano che si fosse raccolto sul perticato appartenente al feudo di Lys.

Questa concessione venne stipulata a perpetuità e senza riversione (à toujours et sans rappel) salvo sempre il diritto di confisca e di riversibilità, in caso di non effettuato pagamento del canone.

I concessionarj furono pronti al pagamento: essi nondimeno furono qualche volta poco solleciti nella consegna dei grani, che doveano fornire al concedente: il che diede luogo a qualche procedura; ma essi furono costantemente ritenuti nel loro possesso, col carico però di scontare gli arretrati scaduti, e quelli che andavano a scadere.

Le 50000 pertiche di terra, delle quali si tratta, erano possedute dai concessionarj sotto il titolo convenuto nel contratto di concessione, allorchè furono pubblicate le leggi che abolirono il sistema feudale.

I detentori dei menzionati fondi da quell'epoca in poi cessarono di pagare l'ordinario loro contributo; e contro loro non fu promossa istanza sino all'anno 1806 in cui il generale d'Augeranville (il quale aveva acquistato il territorio di Précy) convenne in giudizio il Varrè, uno dei due concessionarj, ad oggetto di ottenere, che il medesimo venisse obbligato con sentenza a rinnovare in testa di esso attore il titolo del contratto in questione, e quindi a pagargliene gli arretrati scaduti.

Il convenuto Varrè concluse per l'assoluzione dall'avversaria domanda pei tre seguenti motivi: 1.° che la rendita era feudale, e quindi abolita senza indennità; 2.° ch'esso aveva ottenuto lettere di ratifica senza carico di opposizione in ordine ai suoi contratti d'acquisto, e che esso gli avea fatti trascrivere prima che l'attore avesse presa alcuna iscrizione presso l'ufficio delle ipoteche; 3.° che in tutti i casi avrebbe sempre acquistato mediante prescrizione l'affrancazione della vendita rapporto ad alcuni dei fondi da esso posseduti.

Il tribunale di Senlis, avanti il quale verteva la causa, si attenne al primo degli addotti motivi: esso dichiarò inattendibile la domanda proposta dall'attore d'Augeranville; ritenuto, che la riclamata rendita era feudale, e che come tale era stata abolita senza indennità, in forza delle leggi del 1792 e 1793 (1).

Il generale d'Augeranville essendosi appellato da questa sentenza, la corte d'appello d'Amiens decise, che l'atto del 14 aprile 1485 non avea trasferita la proprietà delle 50000 pertiche di terra, di cui si tratta, in testa degli affittuarj; che essi e loro aventi causa non avevano goduto que-

(1) Vedi Giornale di giurisprudenza universale tom. VIII, pag. 183 a 210.

sti fondi che colla veste di affittuarj a titolo precario; quindi conchiuse, che il canone d'una mina di frumento per ogni pertica, e la prelevazione di sedici covoni per ogni cento, stipulati nell'atto del 14 aprile 1485, non erano che un prezzo d'affitto, e che le leggi sopprimenti il sistema feudale erano inapplicabili ad un canone di questa natura.

Per queste considerazioni la corte d'appello sedente in Amiens condannò il convenuto Varrè a prender una nuova investitura della rendita fondiaria e della prelevazione in disputa, ed al pagamento degli arretrati scaduti e da scadere di detti canoni.

Per gli stessi motivi la corte suddetta rigettò le allegazioni del Varrè desunte dalle lettere di ratifica ch'esso aveva ottenuto dalla trascrizione de' suoi contratti d'acquisto e dalla prescrizione.

Il Varrè ricorse in cassazione contro la decisione d'appello, riproducendo come titoli di cassazione tutti i punti di ragione ch'esso aveva fatto rilevare nella causa in merito ed in appello.

Il generale d'Augeranville insistette principalmente nella sua risposta, per la ragione che la corte d'appello non aveva fatto che una semplice valutazione di atti sui quali la cassazione non era competente a conoscere; ciò non ostante si sforzò di confutare tutti i motivi di cassazione che il ricorrente avea proposti.

Trovandosi la causa in questo stato, la corte di cassazione fissò la sua deliberazione sulle seguenti questioni: 1.° cioè, se fosse di sua competenza l'applicarsi ad una nuova considerazione di fatto dell'atto 14 aprile 1485? 2.° Se le rendite stipulate in quell'atto fossero state abolite in forza delle leggi del 1792 e del 1793? 3.° Se, in ogni caso, il convenuto Varrè non sarebbe stato assoluto dalla prestazione delle dette rendite, mediante transazione dei suoi contratti di acquisto nel mentre che d'Augeranville non avesse preso iscrizione ipotecaria sui fondi acquistati da Varrè, e mediante eziandio la prescrizione.

In quanto alla prima questione, la corte di cassazione

osservò che la corte imperiale di Amiens coll' alterare il carattere inerente agli atti di cui si tratta, ha manifestamente violate le leggi espresse che condannano l'interpretazione da lei fatta di questi atti.

In quanto alla seconda questione, osservò che le rendite stipulate coll' atto 14 aprile 1485, essendo le sole che fossero stabilite a carico dei fondi ceduti in affitto, ed essendo state stipulate per essere pagate in perpetuo ai successivi feudatarj alti-giustizieri del territorio, ed in un paese escludente l'allodialità, le dette rendite vestivano i veri caratteri d'un censo feudale, e non già quelli d'un semplice affitto.

Che le dette rendite erano mescolate da segni di feudalità, attesochè eravi intervenuta stipulazione nell' atto di concessione di una prelevazione signorile, e il concedente erasi riservato ogni diritto di giustizia, di passaggio, di caccia e di signoria.

In quanto alla terza questione, avrebbe sempre prodotto l'effetto di esimere l'acquirente da tutti i pesi annessi ai fondi acquistati; e che lo stesso effetto gliene derivava dal diritto di prescrizione.

La corte di cassazione adottò in conseguenza i tre motivi di cassazione proposti dal ricorrente Varrè, e pronunciò la decisione del tenor seguente:

DECISIONE (1).

. . . .
. . . .

In relazione al secondo punto di ragione, visto il disposto degli art. 6, 7, 26, 28 e 47 della legge 11 brumale anno VII (2); degli art. 529, 530, 2118, 2166, 2167,

(1) Qui si omette la prima parte della decisione, perchè è tutta relativa alla giurisprudenza abolitiva dei feudi che non ha luogo presso di noi.

(2) Questa legge è tutta relativa alle ipoteche; ed il contenuto della medesima fu trasfuso nel codice Napoleone.

2182 del codice Napoleone, e l'art. 834 del codice di procedura civile.

Attesochè tutte le rendite fondiarie dichiarate redimibili in vigore della legge 18 dicembre 1790, furono rese mobili in forza dell'art. 7 della detta legge 11 brumale anno VII, e degli art. 529 e 530 del codice Napoleone; che in conseguenza i creditori di queste rendite non poterono conservarne le ipoteche contro i terzi acquirenti, che prendendo iscrizione sugli immobili che ne sono aggravati, anteriormente alla trascrizione dei contratti traslativi della proprietà di tali immobili, o per lo meno se la trascrizione è seguita entro quindici giorni successivi all'epoca dell'attivazione del codice di procedura civile, che ciò è così spiegato come conseguenza degli articoli succitati, dall'art. 107 del decreto imperiale del 9 dicembre 1811 relativo ai dipartimenti Anseatici, e dall'art. 5 del decreto imperiale 5 marzo 1813 relativo ai dipartimenti di Roma e del Trasimeno.

Attesochè l'attore in cassazione ha fatto trascrivere i suoi contratti d'acquisto, in data del 20 pratile anno II, e dell'11 piovoso anno VII, tanto sotto l'impero della legge dell'11 brumale anno VII, che sotto quello del codice Napoleone anteriormente al codice di procedura civile, e prima che il convenuto avesse formata la sua iscrizione per la conservazione de' suoi diritti, dal che ne segue che l'attore avrebbe acquistata la liberazione della rendita di cui trattasi, mediante la trascrizione de' suoi contratti presso l'ufficio delle ipoteche, quand'anche la detta rendita non fosse stata abolita come feudale; che lo stesso dirsi dovrebbe anche nel caso che l'atto del 14 aprile 1485 non fosse stato costitutivo che d'un semplice usufrutto perpetuo; attesochè la rendita stipulata in ragion del detto usufrutto non ne avrebbe aggravato di meno i fondi acquistati, o la iscrizione è richiesta per la conservazione stessa dei semplici arretrati.

In relazione al terzo motivo di cassazione, visto l'articolo 193 delle consuetudini di Senlis, e l'art. 2281 del codice Napoleone; e attesochè l'attore sostenne di aver goduto pacificamente, con giusto titolo, in buona fede, e per un

tempo sufficiente a stabilire la prescrizione, alcuni dei fondi pretesi aggravati della rendita di cui trattasi, senza pagarne gli arretrati; che la corte d'appello d'Amiens, senza pronunciar sul merito di questa eccezione, la dichiarò inammissibile sotto il pretesto che l'attore non ne aveva goduto, che a titolo di usufrutto perpetuo; e che per ciò essa ha violato contemporaneamente l'art. 193 delle consuetudini di Senlis, e l'art. 2281 del codice Napoleone.

Dal che ne segue esservi aperta violazione; 1.° delle leggi che attribuiscono gli affitti a tempo indeterminato, ed anche alle concessioni a locazion perpetua l'effetto di trasmettere la proprietà; 2.° delle leggi relative alla cosa giudicata delle leggi sopprimenti la feudalità; 3.° delle leggi sul regime ipotecario; 4.° di quelle sulla prescrizione.

Per questi motivi, la corte cassa, ed annulla la decisione pronunciata dalla corte d'appello in Amiens 12 gennaio 1811 ec.

Del 29 giugno 1813. — Corte di Cassazione. — Sezion civile. — Relatore M. Charnot. — Conclusione del signor conte Merlin procurator generale imperiale (1).

DELLA REDIMIBILITÀ E DELLA MOBILIZZAZIONE DELLE RENDITE PERPETUE, PORTANTI CONDOMINIO.

§. 1. *Stato della questione.*

Dopo la decisione sovra recata, io credo di dover ritornare ancora su la questione delle rendite livellarie perpetue, tanto dibattute fra di noi, e ricercare di nuovo *se in forza del codice Napoleone tali rendite siano state rese redimibili e mobiliari o no?*

Prima di tutto domando a che veramente si ristringa lo *stato della questione?* Forsechè si tratta di privare il livel-

(1) Sirey tom. 13, part. I, pag. 382 a 385.

lante di tutta o parte della sua rendita ordinaria, ossia meglio dei canoni, fitti, o prestazioni? Non mai. Ma bensì si continuano in di lui favore fino al minimo centesimo. Forsechè si tratta di privarlo degli emolumenti dovuti in caso di mutazione o per morte, o per contratto, come per esempio dei laudemj, delle ricognizioni? Nemmeno. Forsechè si tratta di cangiare l'effetto delle clausole resolutorie, o di caducità, o di reversibilità, o di qualunque altra clausola del primitivo contratto fra di lui e il livellario? Nemmeno. Finalmente si tratta forse di privarlo, o di diminuire per lui la *cauzione* sul fondo, per la quale si assicura la percezione delle rendite e l'esercizio de' suoi utili diritti? Nemmeno. La legge mantiene tutti questi diritti e tutte queste sicurezze, di modo che tutto il contratto per quello che riguarda l'interesse privato, e le clausole che derivavano dal diritto di proprietà viene mantenuto in tutta la sua integrità.

A che dunque si riduce l'effetto della nuova legge, e l'oggetto preciso della questione? Esso si riduce unicamente ad un *modo di esecuzione*, e precisamente a ricercare se possa sotto l'impero del nuovo codice e posteriormente alla attivazione del medesimo continuare l'*irredimibilità* antecedente delle rendite suddette. L'irredimibilità pertanto forma l'unico oggetto della questione, e lo forma non in relazione del passato, ma in relazione del futuro, e sotto il regime del codice Napoleone. Si avverta bene a questa doppia circostanza, vale a dire, alla durata del vincolo immobiliare irredimibile alla *perpetuità* dopo l'attivazione del codice Napoleone, e contemporaneamente a tutto il regime del medesimo.

Presentata così la questione, prima di tutto si osserva non racchindere propriamente verun oggetto di diritto ed interesse privato, nè in questo privato diritto potersi trovare verun principio, col quale ostare all'autorità della legge, onde non regolare a suo beneplacito i vincoli perpetui delle contrattazioni; mentre ognun sa che la perpetuità nelle azioni civili, come è di sola spettanza della legge lo stabi-

lirla, è pure di sola di lei spettanza di modificarla secondo le urgenze della cosa pubblica (1).

§. 2. *Disposizioni positive del codice Napoleone.*

Premesse queste avvertenze veggiamo se si debba abbracciare l'uno o l'altro partito.

1.° È cosa indubitata che coll'art. 530 del codice Napoleone non si possono sotto il di lui impero creare rendite *irredimibili ed immobiliari*; e che all'opposto *tutte* le rendite relative a' beni immobili *esistenti* sotto il di lui regime sono dichiarate *essenzialmente redimibili*. È pure indubitato che nel sistema attuale ipotecario non si conoscono che rendite mobiliari, e che anzi col codice Napoleone fu compiuta la mobilizzazione delle rendite incominciate prima colla legge dell'anno VII sulle ipoteche « *la mobilisation des rentes foncières ainsi commencée par la loi du 11 brumaire an VII a été completée par le code Napoléon* » (dice il sig. Merlin) (2).

È parimenti indubitato che il codice Napoleone, sotto la classe dei beni immobiliari, non riconosce siffatte rendite, come è palese ad ognuno, e come opportunamente avvertì il sig. Merlin nel luogo citato. « En effet point de milieu : « ou elle est mobilière d'après cet article, ou est immobi- « lière d'après ceux qui determinent quels biens doivent être « considerés comme immeubles. Or dans la nomenclature « que renferment les art. 517 et 526 de toutes les espèces « de biens auxquels peut s'appliquer la denomination d'im- « meubles, il n'y a pas un mot qui puisse s'appliquer à la « rente dont il s'agit. Il n'y a donc que la qualité fictive de « meuble, qui puisse convenir à cette rente ». Queste con-

(1) Vedi la dichiarazione della corte di cassazione dell'impero nella causa Molinelli (Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 84).

(2) MERLIN *repert. V.° rente foncière art. 4 in fin.*

clusioni sono in oggi canonizzate dalla decisione sovra riportata, come si è veduto: il testo è espresso.

§. 3. *La redimibilità e la mobilizzazione si applica alle rendite* anteriori, *come alle posteriori.*

Da questi dati che cosa risulta? Risulta chiaramente che sotto l'impero del codice Napoleone non esistono più rendite irredimibili; ed anzi tutto il sistema del medesimo si oppone a questa supposizione. Tutta la questione pertanto in ultima analisi si riduce a vedere « se queste disposizioni « operino sulle rendite irredimibili *passate*, come su quelle « che si volessero stabilire in futuro ». Quando questa questione sia sciolta definitivamente non può occorrere più veruna difficoltà.

Se voi domandate un'autorità di decisione, voi l'avete in quella che fu ora recata, in cui appunto furono applicati gli articoli del codice ad una rendita anteriore.

Se poi domandate un'autorità di legislazione, voi l'avete nei processi verbali fatti per istabilire l'art. 130 del codice Napoleone, come si proverà più sotto.

§. 4. *Dell'identità delle rendite fondiarie francesi, quanto al soggetto in questione, coi livelli perpetui italiani.*

Qui insorgono gli oppositori dicendo, che il codice Napoleone *non parla di livelli*, e che quindi trattandosi di una materia non contemplata dal medesimo, debbano aver luogo gli antichi principj della irredimibilità, e quindi della natura immobiliare delle rendite livellarie, e di qualunque altra rendita fondiaria, tale essendo la forza dell'art. 3.° del decreto 16 gennaio 1806 posto in fronte del codice Napoleone, col quale viene dichiarato « che le leggi o statuti « anteriori cesseranno di aver forza di legge generale o par« ticolare nelle *materie* che formano oggetto delle disposi« zioni contenute nel codice Napoleone.

A questo argomento, che forma l'Achille avversario, si risponde primieramente che l'asserzione non regge nè in fatto, nè in diritto. Non in fatto perchè è falso che il codice Napoleone non abbia parlato dei livelli. In diritto perchè data per falsa ipotesi, e non concesso che il codice Napoleone non avesse parlato di livelli, e che questa fosse una specie di rendita totalmente inopinata da lui, non ne viene tuttavia la conseguenza voluta dagli oppositori, ma ne risulta precisamente la conseguenza contraria, cioè che in forza della pubblicazione del codice Napoleone, e per il tratto futuro posteriore al medesimo l'azione di esigere i canoni livellarj perdette la sua primitiva natura immobiliare, ed irredimibile, ed acquistò il carattere di mobiliare, e di redimibile.

Ripigliamo l'una e l'altra proposizione. Il codice Napoleone (dicesi) non parla di livelli. Distinguo: non ne parla col nome speciale di enfiteusi; concedo: non ne parla con locuzione generica, e che per *antonomasia* connotava i livelli perpetui; nego. L'argomento avversario riducesi al seguente: un tale ha detto che gli animali hanno la facoltà di muoversi e di riprodursi; ma non ha detto che il bue, la pecora ed il cavallo abbiano queste facoltà; dunque il bue, il cavallo e la pecora non sono compresi nella proposizione che ha detto il tale. La parità è perfetta. È vero, o no, che l'art. 530 del codice Napoleone dispone che « *qualunque* « *rendita perpetua stabilita* in correspettivo del prezzo di « uno stabile *o come condizione* della cessione di beni im« mobili fatta a titolo oneroso o gratuito è essenzialmente « redimibile »? Ciò non v'ha dubbio, perchè questo è il testo identico del citato articolo 530. Il canone del livello perpetuo è desso una rendita perpetua di un bene immobiliare, o no? Questa rendita è, o no condizione della cessione dell'immobile medesimo? Nemmeno qui vi è dubbio: dunque troviamo nell'art. 530 del codice Napoleone i due caratteri della rendita livellaria sui quali statuisce la legge: dunque concluder non si può che il codice Napoleone, almeno in genere, non abbia parlato delle rendite livellarie.

Ho detto poi che il codice Napoleone colla sua locuzione generica ha per *antonomasia* parlato dei livelli perpetui, e ciò tanto per l' uso adottato da lungo tempo in Francia di applicare la denominazione di *rente foncière*, se non esclusivamente, almeno *eminentemente* ai livelli perpetui quanto pel preciso significato reale che precipuamente si ebbe in mira nella formazione dell' art 530 del codice Napoleone.

Per uso generale, come consta dalla testimonianza di Anneo Roberto = *Titius fundum Sempronianum Sejo ea lege cessit et tradidit, ut quotannis Sejus certam frumenti quantitatem ex eo praedio penderet. Prestationem illam seu pensionem annuam vocare possumus* AUT CANONEM EMPHYTEUTICUM *aut redditum annuum.* NOS CONTRACTUM *ipsum appellamus* BAIL A' RENTE FONCIÈRE (1).

Ho detto poi che per preciso significato eminente e principale, l' art. 530 ha in contemplazione i livelli perpetui, come cosa che si ebbe precipuamente in mira nella formazione dello stesso art. 530. Ciò consta da tutto il contesto della discussione del Consiglio di Stato del 15 ventoso anno XII, in forza, e in conseguenza della quale l'art. 530 fu aggiunto al codice Napoleone. Il discorso cade propriamente su di questi livelli; talchè a scanso d' ogni equivoco si fissò il significato delle *rentes foncières*, delle quali si disputava riferendole ai livelli. « Le cit. Maleville dit qu'avant de se « decider su l'admission ou le rejet du contrat du bail à « rente foncière, il faut se bien fixer sur sa nature et sur « son objet. Ce bail est un contrat par lequel un proprié- « taire qu'a des fonds incultes, ou qui ne peut facilement « cultiver, les cède à un autre, à la charge par celui-ci de « lui payer en argent ou en denrées une rente convenue « pour tout le temps qu'il possedra les fonds. Ce contrat « était conçu des Romains qui l'appellaient emphyteusis, « c'est à dire bail pour ameliorer (2).

Oltre ciò è vero o no che la prestazione delle rendite

(1) ANNEI ROBERTI rerum judic. lib. III, pag. 729.
(2) MERLIN Rep. V.° *Rente foncière* art. 5.

livellarie perpetue anteriori al codice fu mantenuta in Francia in forza del contratto fino all'affrancazione? Nemmeno di ciò si può dubitare; e se taluno si avvisasse di contraddire, si potrebbe opporgli il parere del Consiglio di Stato del 7 marzo 1808, nel quale tali reudite si considerano mantenute quando non abbiano il vizio o titolo di feudalità (1).

Qui non c'è mezzo. Il fatto del mantenimento di tali rendite livellarie nell'impero francese è indubitato. È pure indubitato il tenore del detto art. 530. Come sfuggire la conseguenza che il detto art. 530 non abbracci queste rendite *anteriori* mantenute sotto il codice Napoleone; e perciò stesso anche le identiche rendite anteriori mantenute dopo lo stesso codice nel regno d'Italia? Se ancor rimanesse dubbio su di ciò esso sarebbe tolto dalla decisione ora riportata.

§. 5. *Continuazione.*

Osta la verità di fatto. Imperocchè è da avvertirsi che il detto art. 530 fu introdotto nel codice, non solamente in conseguenza della decisione colla quale il Consiglio di Stato rigettò la *proposizione* di *ristabilire* i *livelli*; ma come la espressione propria di questa decisione, e come disposizione di diritto conseguente a questa stessa decisione riferita precisamente ai livelli perpetui *anteriori*. Udiamo su di questo particolare il contenuto del processo verbale riportato dal sig. Merlin. « LE CONSEIL REJETTE LA PROPOSITION DE RETABLIR LES RENTES FONCIÈRES » (NB. che si parlò di livelli).

« D'après cette discussion la section de legislation du « Conseil d'État a proposé à la séance du 19 ventose an 12 « une disposition ainsi conçue: »

« *Toute rente etablie à perpetuité moyennant un capi-* « *tal en argent, ou pour le prix evalué en argent, de la* « *rente d'un immeuble, ou comme condition de la cession*

(1) Vedi Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 225.

« *à titre onereux ou gratuit d'un fond immobilier est es-*
« *sentiellement rachetable.* »

« Il est néanmoins permis au creancier de stipuler que
« la rente ne pourra lui être remboursée que après un cer-
« tain terme lequel ne peut jamais excéder trente ans : toute
« stipulation contraire est nulle. »

« Ecoutons encore le proces-verbal du Conseil d'État. »

« Le cit. Bigot Premeneu (en presentant la disposition
« que on vient de trauscrire) que si le code civil eut gardé
« le silence sur les rentes foncières on aurait pu les croire
« autorisé en vertu de l'axiome, que tout ce que la loi ne
« defend pas, est permis. »

« La section a donc pensé qu'il serait utile de *reduire*
« *en disposition legislative la decision du Conseil sur ce*
« *sujet* « (1).

Nella successiva discussione la parola *in denaro* fu tolta, e qui soggiunge il sig. Merlin : « c'est d'après cette observation, que l'art. 530 a été definitivement arrêté et « decrété tel qu'il est aujourd'hui dans le code. »

Da questa storia che cosa ne nasce per la presente disputa ? Eccolo. Che l'art. 530 è nato in conseguenza della decisione di non *ristabilire la facoltà di creare i livelli perpetui*, e che anzi non è altro che una riduzione in disposizione legislativa della decisione stessa del Consiglio, colla quale fu rigettata la proposizione di questo ristabilimento. E siccome la rendita annessa ai livelli perpetui *anteriori*, durar doveva tuttavia fino ad affrancazione, come dispongono le leggi anteriori, e specialmente quella del 1790, alle quali si riferiva il Consiglio, così la disposizione legislativa dell'art. 530, 1.° ripete formalmente l'abolizione dei vincoli immobiliari, e il divieto di creare in futuro rendite irredimibili ; 2.° nello stesso tempo mantiene la redimibilità per le rendite anteriori *conservate*, e durevoli dopo il codice.

(1) Merlin Rep. V.° *Rente foncière* §. 11, art. 5, p. 112 e 113.

Il processo verbale apposito che accompagna la redazione di questo articolo, esprime questa intenzione: « la section a « donc pensé qu'il serait utile de reduire en disposition le- « gislative la décision du Conseil sur ce sujet. »

Ma dall' altra parte è evidente che il Consiglio parlò dei livelli perpetui passati, e conservò le disposizioni stabilite nel 1790, e nell' anno 7, e precipuamente la loro redimibilità pronunziata nel 1790. Dunque è evidente che il citato art. 530 fa la doppia funzione di dichiarare redimibili le rendite livellarie *passate*, e di non autorizzare che rendite mobiliari e redimibili *per il futuro.*

§. 6. *Conseguenze.*

La conclusione generale delle premesse osservazioni si è essere cosa indubitata che il codice Napoleone nell' art. 530 ha non solamente contemplato i livelli perpetui anteriori, ma precipuamente ha parlato dei medesimi, ed ha disposto tanto per il passato, quanto per il futuro. La redimibilità pertanto ivi stabilita opera tanto sulle rendite passate, quanto sulle future, ed anzi opera precipuamente sulle passate che continuar dovevano sotto il codice Napoleone; poichè in futuro era vietato ogni contratto livellario perpetuo.

Trasportando pertanto il codice stesso in Italia, esso ha dovuto produrre sulle rendite livellarie italiane l'effetto stesso della *redimibilità*, e per conseguenza *in oggi* parlar si deve di questa redimibilità dei livelli fondati prima, e che continuar possono in futuro non come di cosa nuova, ma come di un effetto già prodotto dal codice Napoleone.

§. 7. *Osservazione particolare sull'* identità *dei livelli italiani*, e *delle rendite francesi.*

Taluno vorrebbe forse opporre, che i nostri livelli non fossero riconosciuti in Francia, o non fossero *identici* a quelli che erano usitati in Francia per escludere l'identità

di soggetto sul quale cade la disposizione del codice Napoleone?

Questa opposizione sarebbe formalmente smentita tanto per autorità degli scrittori, quanto per autorità delle leggi che statuirono appunto su questi livelli *identici*, e li resero redimibili. Per autorità degli scrittori, a ben comprovare l'ultimo stato della legislazione anteriore francese, basti la sovra riportata autorità di Anneo Roberto unita a quella del sig. Merlin allegata nel Giornale di giurisprudenza universale pag. 226. 227 del tom. V.

Quanto poi all'autorità *della legge* basti l'art. 5 della legge 18 dicembre 1790, nella quale appunto s'incomincia a stabilire la redimibilità, ed anzi s'introducono le discipline dell'affrancazione. Ecco le parole di questa legge fondamentale. « Art. 5.° Lorsque le *beaux à rente ou* EMPHY-« TÉOSE PERPETUELLE et non seigneuriale, contiendront la « condition expresse imposée au preneur et à ses successeurs « de payer au bailleur un droit de *Lods*, ou autre droit « casuel quelconque en cas de mutation et dans les pays ou « la loi assujettit le detenteur aux dits titres de bail à rente « ou emphytéose perpetuelle et non seigneuriale, à payer « au bailleur des droits casuels aux mutations, le posses-« seur qui vaudra racheter la rente foncière ou emphytéoti-« que sera tenu, outre le capital de la rente indiquée en « l'art. 2 ci-dessus, de racheter les droits casuels dus aux « mutations; et ce rachat se fera aux taux préscrits par le « décret du 3 mai, pour le rachat des droits pareils ci-de-« vant seigneuriaux, selon la quotité et la nature du droit, « qui se trouvera du par la convention ou suivant la « loi » (1).

È vero o no che le *enfiteusi perpetue*, di cui questa legge parla qui, sono perfettamente *identiche*, tanto per i diritti fissi, quanto per gli eventuali cui livelli perpetui italiani?

(1) Vedi Giornale di giurisprudenza universale tom. V, pag. 231 e 232.

È vero o no che per ciò stesso che la legge statuisce sui medesimi, li suppone usitati in Francia? È vero o no che la redimibilità ivi pronunciata, e rinnovata col codice Napoleone viene per la prima volta stabilita dalla detta legge, come pure è vietato nel 1.° articolo di creare in futuro siffatti contratti col vincolo irredimibile, come fu di nuovo sanzionato dal codice Napoleone?

È vero o no che nelle discussioni, da cui ebbe origine l'art. 530 del codice Napoleone, si ritiene la stessa idea dei livelli perpetui, sì per l'allusione a detta legge 1790 fatta nella seduta del Consiglio di Stato del 15 ventoso anno 12, e sì per la definizione in allora allegata, e già sopra riportata?

Invano dunque si potrebbe impugnare la perfetta identità dei livelli perpetui italiani, colle enfiteusi perpetue francesi contemplate dal codice Napoleone.

L'*identità* dunque tanto nominale, quanto reale delle enfiteusi perpetue francesi colle italiane, resta fuori di controversia.

Ma a che ostinarsi cotanto sul punto della perfetta identità, o nominale o reale, delle rendite fondiarie francesi, coi livelli perpetui italiani, se tale questione è in fondo del tutto *impertinente*? Io vi concederò per falsa ipotesi, che il vestito e gli accessorj, e tutto ciò che volete delle *rentes foncières* francesi, sia *dissimile* dai livelli italiani; che cosa avrete con ciò guadagnato? Nulla e poi nulla. Potrete voi mai negare che il carattere *precipuo*, su cui si disputa, cioè *il vincolo del condominio*, non sia *identico* tanto nelle rendite francesi, quanto nei livelli italiani? Se ardiste di negarlo, io vi convincerei e d'ignoranza, e di mala fede, facendovi leggere tanto la definizione della *rente foncière* prodotta nel processo verbale dell'art. 530 sopra recato; quanto la dichiarazione della corte di cassazione, che riconoscendo un tal vincolo essenziale alla *rente foncière*, ricusava di riconoscere una mutazion piena di proprietà suscettibile del registro stabilito.

Eccone le parole: « Considérant que tant que la rente

« foncière *existe* sur le fonds *la propriété* de ce fonds *se*
« *divise* entre le bailleur qui conserve le *directe*, et le pre-
« neur qui ne reçoit que la propriété *utile*, et qu'il est im-
« proposable d'exiger du cessionaire de ce dernier de droits
« pour le transport d'une propriété qui ne lui est réellement
« point transmise » (1).

Risulta dunque per evidenza intuitiva che tanto nelle antiche rendite foudiarie francesi, quanto negli anteriori livelli perpetui italiani avvi un *identico vincolo* di condominio, il quale appunto importava l'irredimibilità, e la immobiliarità di cui disputiamo. Questa sola, ma essenziale *identità* fra le rendite fondiarie francesi e i livelli italiani basta per me all'oggetto della presente controversia, nella quale si prende in considerazione il carattere *di condominio;* nulla importando che gli altri caratteri siano simili o dissimili, nella stessa guisa che disputandosi sulla sola facoltà di *moversi* noi domandiamo se l'ente semovente sia un animale, senza imbarazzarsi della sua specie, e delle rispettive differenze.

Dunque ostinandovi a sostenere qualche diversità fra le vecchie rendite fondiarie francesi, ed i livelli italiani, voi non guadagnate nulla fino a che in amendue si verifica il carattere comune di *condominio*, cui è impossibile negare.

Per la qual cosa siete forzato a convenire che i livelli perpetui italiani nei loro caratteri e rapporti identici colle rendite perpetue francesi cadono essenzialmente sotto la disposizione del codice Napoleone come rendite su i fondi stabilite a perpetuità.

Non senza vergogna io mi veggo costretto ad insistere cotanto su di *questo punto*, *quasichè l'affermare* che le enfiteusi sì secolari, che ecclesiastiche si praticavano in Francia specialmente nei paesi di *diritto scritto* (ne' quali si contrattava e decideva secondo i principj di *diritto comu-*

(1) Decisione 14 ventoso anno X, vedi Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 103.

ne sì civile, che canonico) fosse un arcano di erudizione, o non piuttosto cosa notoria a tutto il volgo legale.

§. 8. *La qualità d' irredimibile, e d' immobiliare di qualunque rendita sui fondi (e quindi dei livelli) è abolita pel solo motivo d' incompatibilità di legislazione.*

Ma siamo più generosi ancora. Fingiamo che le rendite livellarie italiane fossero ignote ai legislatori della Francia, e però che esse non fossero entrate nelle loro mire: ne verrebbe forse la conseguenza della loro odierna sussistenza *coll' antico vincolo* di condominio irredimibile e immobiliare? Veggiamolo.

Abbia o non abbia parlato il codice Napoleone de' nostri livelli, o si vuole che essi dopo il codice medesimo siano redimibili o no. Se li volete redimibili, cessa ogni questione. Se li volete irredimibili, voi dunque pronunciate non avere il codice medesimo dichiarato, che *qualunque rendita perpetua stabilita* in correspettivo del prezzo di uno stabile, o *come condizione della cessione* di beni immobili, sia essenzialmente redimibile (art. 530). La rendita livellaria è dessa o non per lo meno stabilita come condizione della cessione del fondo? Voi dunque volete sotto la stessa legge il sì ed il no.

Voi mi dite di volere la redimibilità per il *futuro*, e non per il passato. Anch' io la voglio *per il futuro;* ma la voglio prima in tutte quelle rendite che ogni anno si riproducono *dopo* la di lui pubblicazione, e sotto il di lui impero, benchè fossero prima costituite.

Dove dunque consiste la differenza fra di noi? Io voglio l' unità: e voi volete la diversità: volete che una cosa continui sotto l' impero del codice, ma continui sottratta dal di lui impero, e quel che è più la volete *incompatibile* col di lui impero. Chi vi autorizza a far questa separazione? Il testo della legge? No: perchè non si limita tassativamente alle rendite da *costituirsi* in futuro, ma abbraccia ogni ren-

dita che scader può in futuro. L'autorità delle decisioni? Nemmeno: perchè anzi riconoscono che il testo della legge abbraccia le rendite *anteriori*. I rapporti generali del sistema civile? No: perchè nè la distinzione dei beni stabilita dal codice, nè il regime ipotecario, nè quello del registro, ammettono, anzi escludono la irredimibilità. Voi dunque volete capricciosamente nelle proprietà immobiliari una qualità reale rifiutata da tutto il sistema civile vigente. E perchè? Perchè così vi piace.

Ma se così piace a voi, ciò non piace nè alla verità, nè alla ragion legale. Rispondete a me.

1.° Potete voi negare che prima del codice Napoleone esistessero in Francia rendite immobiliari con *vincolo di condominio?* Voi neghereste un fatto storico allegato da leggi solenni (1). 2.° Potete voi negare che il debito di tali rendite anteriori abbia continuato, e continui tuttora in Francia sotto l'impero del codice Napoleone? Nemmeno, perchè neghereste un fatto attestato con pari solennità (2). 3.° Potete voi negare che tali rendite in Francia continuino a oggi col carattere di redimibili, e di mobiliari? Nemmeno. Se lo negaste voi sareste smentito dalla decisione suprema ora recata. 4.° Potete voi negare che la legislazione del codice Napoleone in Francia sia tutta relativa alla *redimibilità e mobilizzazione* di siffatte rendite? Nemmeno. Voi sareste smentito dagli art. 529 e 530, e assai più dai processi verbali relativi a tali articoli, e da tutto il sistema ipotecario. 5.° Potete voi negare che il codice Napoleone italiano non sia lo stesso stessissimo codice francese? Nemmenò. Volete dunque che in Francia esso pronunci *redimibilità* e *mobilizzazione*, e in Italia pronunci irredimibilità e immobilizzazione? Volete voi che la stessa legge colle stesse parole sullo stesso oggetto dica di sì e di no nello stesso tempo?

(1) Veggasi Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 205 e 206, 224 a 232.

(2) Veggasi Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 206, 207 e la decisione sovra recata.

Invano per sottrarvi dalla forza di questa argomentazione voi tentereste di ricorrere alla pretesa *diversità* dei livelli italiani dai francesi.

Inutile sutterfugio sarebbe questo; dopochè da una parte voi riconoscete nei livelli italiani una rendita costituita colla qualità immobiliare e irredimibile col vincolo del condominio, e dall' altra parte non potete negare che il codice Napoleone rigetta (almeno in Francia) tutte queste qualità.

Orsù, mi concedete voi che il codice non tolleri più rendite irredimibili ed immobiliari? Allora io vi dono i vostri livelli. Lo negate? Allora io vi provoco ai fatti già premessi, dai quali consta che il codice che dirige la sorte e la contrattazione dei beni tutti non tollera vincolo alcuno di condominio (1), e quindi tutta la proprietà riposa sopra di una sola testa (2). Ma s' egli è vero che sotto l' impero del codice Napoleone deve assolutamente prevalere il tenore delle sue disposizioni, e rimanere necessariamente abrogate tutte le altre disposizioni *incompatibili*, ne viene la necessaria conseguenza, che le rendite livellarie in Italia dovranno sotto il codice Napoleone camminare spogliate della vcs non più tollerata dell' irredimibilità del condominio e della immobiliarità.

Che cosa potete voi rispondere? Potreste voi negare che una legge, una consuetudine antecedente viene abrogata in forza della *sola incompatibilità* colla susseguente? Voi neghereste un principio o a dir meglio un assioma notorio a chiunque ha salutato i vestiboli della giurisprudenaa, neghereste un principio altamente proclamato da leggi e da decreti supremi (3). Potreste voi negare che il codice Napoleone, tutto relativo alle sovra annotate basi francesi, racchiuda una legislazione *inconciliabile* coi vincoli di com-

(1) Ciò si rileva dalle cose premesse sulla distinzione dei beni, sulla mobilizzazione, e le altre qualità rilevate dalla recata decisione di cassazione.

(2) V. Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 107, 108.

(3) Vedi Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 87, 88, 117, tom. VI, pag. 124 a 126.

proprietà e d'irredimibilità ed immobiliarità? Voi uegliereste un fatto già dimostrato, e da voi stessi confessato parlando della Francia. Dunque tutte queste qualità rimasero *abolite* coll' applicazione del codice Napoleone al regno d'Italia pel solo motivo d' *incompatibilità*. La verità però si è che furono anche *espressamente* abolite col testo formale dell'art. 530, il quale colla sua generale espressione abbraccia non solo le rendite livellarie, ma ogni altra rendita fondiaria portante il vincolo di condominio e la qualità di irredimibile, e di immobiliare come sopra si è dimostrato.

§. 9. *Delle rendite livellarie costituite dopo il codice Napoleone.*

Voi mi domandate, che cosa pronunciar si debba *in jure* delle rendite livellarie costituite sotto l'impero del codice Napoleone secondo le forme antiche?

Facile è la risposta: o voi mi parlate delle enfiteusi perpetue o delle temporarie. Se mi parlate delle perpetue esse sussisteranno a termini degli art. 529 e 530 del codice Napoleone, rimanendo come non apposte le condizioni inconciliabili colle disposizioni dei detti articoli, e colle altre leggi. Se niuno può impedire che le disposizioni delle leggi abbiano luogo ne' suoi contratti, e ne' suoi testamenti, niuno potrà impedire che esse abbiano luogo anche nella costituzione delle rendite. Dunque siccome la legge ha bensì autorizzati i censi riservativi sugli immobili ed altre rendite consimili; ma ne ha assolutamente vietata l'irredimibilità perpetua, e annullato il patto che oltre il corso di trent'anni prolunga il divieto di affrancare l'immobile gravato; così ha esclusa la qualità di dominio diretto, di dominio utile, di irredimibilità e di natura immobiliare.

In questi livelli pertanto, ad onta di qualunque patto, tutta la *proprietà* del fondo starà presso il preteso utilista, e la ragione di esigere i diritti fissi ed eventuali in qualità di *rendita mobiliare* starà presso il preteso direttario, il quale non potrà negare all'utilista l'affrancazione.

Se poi parliamo dell' enfiteusi temporarie anteriori, esse non vengono nè punto nè poco alterate quanto ai patti ed agli interessi delle parti, ma cessa la distinzione dell' utile e del diretto dominio, rimanendo tutta la proprietà presso il concedente, ed il solo godimento presso il livellario, come risulta da solenne parere interpretativo già riportato (1). L' enfiteuta pertanto nei livelli temporarj deve esser pareggiato ad un semplice conduttore spogliato di ogni diritto di condominio, ed obbligato ad un dato canone verso il proprietario, coi patti e colle condizioni stabilite nell' istromento.

Ciò ha luogo tanto nei livelli transitorj *ad quoscumque*, quanto nei livelli temporanei lineari o di famiglia.

Ad evitare ogni ambiguità nell' intelligenza del vocabolo di *livelli temporarj* (da cui dipende la collocazione della proprietà o presso il direttario, o presso dell' utilista) è necessario di avvertire alle anteriori disposizioni tanto del diritto francese, quanto del diritto italiano.

Se parliamo del diritto francese, noi troviamo senza equivoco fissato il periodo di tempo che distingue il livello temporario dal perpetuo. « Les beaux à rente ou emphytéo-« ses, et *non* perpetuels seront exécutés pour toute leur « durée, et pourront *être faits à l'avenir pour quatre-« vingt-dix-neuf ans et audessus* » (dice la legge 29 dicembre 1790) (2). Con ciò concorda il decreto imperiale già accennato nella sopra riferita decisione fatto per i dipartimenti romani del 1.° marzo 1813. Ecco quanto ivi si dispone « le enfiteusi temporarie non eccedenti i novanta-« nove anni, o a tre generazioni, continueranno ad aver « luogo, e saranno eseguite secondo la loro forma e tenore. »

Se poi parliamo del diritto italiano, noi troviamo essere stato stabilito lo stesso limite fino dai tempi di Giustiniano. Difatti nella novella VII, cap. 3 in principio, non permet-

(1) Vedi Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 206, 207, 225.

(2) Vedi Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 230.

tendo esso enfiteusi perpetue agli stabilimenti pii, ma sole enfiteusi temporanee, ne limitò la durata a tre sole generazioni: dimodochè questo parve ai giureconsulti il comune criterio onde distinguere le enfiteusi perpetue o indefinite dalle temporanee. Ciò pure vien confermato dalla novella 120, nella quale confrontando la facoltà di dare a livello perpetuo concessa alle chiese in generale colla facoltà ristretta di dar a livello temporario alla chiesa di Costantinopoli, risulta esattamente che le tre generazioni formano il massimo periodo onde distinguere legalmente il livello temporario dal perpetuo.

Ad ogni modo però distinguere si deve la perpetuità, o la temporaneità legale dalla filosofica. Trattandosi d'una investitura eccedente le tre generazioni, ma la cui durata sia fissata ad un'epoca certa, dir si dovrebbe in se stessa temporanea. Ma noi parlando in diritto, nel quale il legislatore ha in mira il ben essere dei cittadini, non possiamo adottare questa norma. Come mai riguardare un livello di una lunghissima ed arbitraria durata, benchè finita, come temporaneo a fronte della durata minore stabilita dalla legge, la quale ebbe in mira il corso naturale delle proprietà, che segue le vicende dei bisogni? Non è egli vero che la legge volendo provvedere alle libere contrattazioni, allo sviluppamento dell'industria, e alla spedita attività del commercio, non doveva allungare soverchiamente la temporaneità (la quale oltrepassar non dovrebbe una generazione)? Ora non è forse questo lo spirito costituzionale della nostra civile legislazione?

Qui domandar si potrebbe se dopo il codice Napoleone stabilir si possano livelli *temporanei colle stesse condizioni* degli antichi? La negativa risulta dalle cose sopra discorse sì in forza del codice che non tollera divisione di dominio immobiliare; e sì per espressa dichiarazione legislativa già riportata (1), dalla quale risulta che nei livelli *temporanei*

(1) Parere interpretativo del 7 marzo 1808 riferito nel Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 225.

tutta la proprietà riposa sulla persona del così detto direttario. Ma così è che anche nei livelli temporanei usitati per lo passato, il dominio reale ossia la proprietà si divideva fra il direttario, e l' utilista: dunque dopo il codice Napoleone non si possono stabilire livelli temporanei con questa condizione, la quale è fondamentale e precipua.

Anzi questa condizione è abolita anche negli anteriori, i quali nel rimanente non soffrono difficoltà. Se in essi non si verifica la redimibilità a piacere dell' utilista, ciò deriva dal motivo che non essendo perpetui non si può considerare che la vera proprietà sia passata in testa dell' utilista, ma bensì che sia rimasta presso del direttario, e che l' utilista non abbia che il semplice *godimento* dell' immobile sotto le condizioni stabilite nel contratto.

In generale poi abbracciando i livelli sì temporarj che perpetui, parlando legalmente, dir si deve essere la costituzione dei medesimi vietata sotto l' impero del codice Napoleone. Quando parlo della costituzione dei livelli io intendo di indicare la costituzione antica dei medesimi, la quale per condizione precipua ed essenziale importava la divisione del dominio in utile e diretto. Allorchè voi costituite un contratto di godimento di un immobile senza di questa condizione, in tal caso non costituite più un contratto di livello, ma un altro contratto di costituzione di rendita o di godimento temporaneo di un fondo, attesochè manca in essi il requisito precipuo e caratteristico dei livelli. Ad ogni modo pertanto resta dimostrato avere la legge vietato la costituzione d' ogni rendita livellaria sotto l' impero del codice Napoleone.

Per la qual cosa si ritorna di nuovo alla proposizione già sopra esposta, cioè che i livelli o perpetui o temporanei creati dopo la promulgazione del codice Napoleone, onde poter sussistere come rendite tollerate, soffrono una vera riduzione o a dir meglio una modificazione analoga alle disposizioni del codice medesimo; modificazione la quale viene operata coll' annullarsi l' irredimibilità e il condominio incompatibili col codice medesimo, e col sostituirvi le qualità

della redimibilità e della mobilizzazione ne' livelli perpetui, e negli uni e negli altri col condensare la proprietà tutta o sull' utilista, o sul direttario.

Ciò serva d' avviso sì alle parti che ai notaj nelle stipulazioni, come ho già altra volte avvertito.

§. 10. *Se la mancanza delle discipline del riscatto serva d' ostacolo all' effetto della legge.*

Sia pur vero, taluni oppongono, che la forza dei princípj da voi dedotti dal disposto delle leggi conduca necessariamente alla mobiliarità e redimibilità dei livelli, e che perciò? Forse che dire si dovrà che le parti debbano praticamente assoggettare l' esercizio dei loro diritti e delle loro azioni ed obbligazioni ai nuovi rapporti indotti dalla legge? E come mai ciò sarebbe possibile nel mente che manchiamo delle necessarie discipline onde esercitare il riscatto delle rendite livellarie? Come nelle liti prodotte dalla disparità d' interessi e di domande fra il direttario e l' utilista sul prezzo del riscatto, potrebbero i giudici pronunciare definitivamente senza una legge disciplinare? Nulla diremo delle altre conseguenze che da se stesse si preveggono, le quali tutte abbisognano di una speciale provvidenza della legge onde rendere praticabile ed armonico il riscatto delle rendite livellarie. Conchiudiamo dunque essere bensì fissato il diritto del riscatto quanto alla sua *potenza*, ma non quanto al suo *esercizio*. Ora se l' esercizio ne rimane impedito, il diritto rimane pure inoperoso, e vani sono gli sforzi da voi fatti fin qui.

A questa obbiezione rispondo come segue:

1.° Osservando precisamente il soggetto, sul quale cade l' obbiezione, noi rileviamo a prima giunta restringersi esso al solo punto dell' *esercizio del riscatto*, il quale per mancanza di disciplina pretendesi impossibile. Ciò posto senza discutere qui se si verifichi o no questa pretesa impossibilità, io osservo, che in tutti gli altri punti e in tutte le altre funzioni, nelle quali la legge aspettare non deve verun'altra

operazione dell' uomo, la legge otterrà tutto il suo effetto, e la funzione della legge si dovrà giudicare come consumata. Tale è certamente ogni funzione abolitiva; perocchè al momento che l'abolizione viene pronunciata, essa per ciò stesso è consumata senza aspettare il soccorso o di altra legge o dell'opera dell'uomo. Ma così è nel caso nostro che la legge pronunciò l'abolizione dei vincoli immobiliari, nè tollerando più la divisione del dominio, concentrò tutta la proprietà o sull'una o sull'altra parte contraente. Dunque in ciò non occorre ministero alcuno di altra legge, nè opera ulteriore d'uomo: dunque è per se evidente che almeno in questa parte dovremo riconoscere come consumato l'effetto delle nuove leggi su le rendite livellarie.

2.° Ma è egli poi vero che per mancanza di disciplina regolatrice dei riscatti non si possa esercitare il riscatto medesimo? Ecco ciò che non fu mai dimostrato, e che secondo le nuove leggi non verrà dimostrato giammai. Prima di tutto riteniamo che qui contemplar non si potrebbe un riscatto volontario per ambe le parti, ma unicamente un riscatto *contenzioso*: ed in questo riscatto contenzioso propriamente contemplar non si potrebbe che il *prezzo* del riscatto, e non mai il diritto in massima dell'utilista a domandarlo, e l'obbligo assoluto del direttario a concederlo. Ogni disputa su di ciò è tolta dalla legge, la quale attribuendo il diritto ha pur anche attribuita l'*azione*. Sarebbe una vera derisione, anzi un assurdo legale il pretendere il contrario. Ridotto il punto di questione così, a che dunque si concentra la difficoltà? Essa si concentra a pronunciare sul prezzo del riscatto, e sulla garanzia del direttario pel suo capitale.

Per ciò che spetta a questa garanzia la legge ha provveduto abbastanza, come rilevasi dalla riportata sentenza, e più ampiamente si dirà più sotto.

Quanto poi al fissare il prezzo controverso del riscatto in mancanza d'un regolamento speciale, la nostra legislazione ha provveduto abbastanza col potere conferito ai giudici dall'art. 4 del codice Napoleone, avvalorato da un gravissimo esempio qual è quello di averli autorizzati in caso

di contesa pel corso o la distribuzione di acque private, di finirla anche con disposizioni conciliative dell'interesse del privato con quello dell'agricoltore, e quindi col mezzo di regolamento speciale obbligatorio delle parti contendenti (V. l'art. 645 del codice Napoleone).

Ma è falso che l'affrancazione dei livelli manchi di un regolamento disciplinare, come tantosto si vedrà: ma se anche ciò fosse non accorderò giammai che in buona giustizia si possa togliere alla parte che ha diritto di affrancarsi l'esercizio del suo diritto, e meno che si possa privarla degli altri diritti quesiti colla sola promulgazione del codice Napoleone. Tali sono certamente quelli che vengono attribuiti per ministero solo della legge, come testè fu avvertito.

§. 11. *Necessità dell' inscrizione ipotecaria.*

Che cosa dunque rimane a fare ai direttarj circa le rendite perpetue in addietro portanti condominio per la garanzia dei proprj diritti? Dico le rendite perpetue in generale portanti una volta condominio, per indicare che non solamente i livelli cadono sotto la legge, ma ogni altra rendita perpetua radicata su d'un immobile.

La risposta a questa domanda fu già data nelle trascorse pagine, allorchè colla scorta delle dottrine e delle leggi fu avvertito essere per parte del così detto direttario, o dir meglio del creditore, essere, dissi, necessario di prendere all'ufficio delle ipoteche l'inscrizione per il capitale della sua rendita, sul fondo enfiteutico, onde in caso di vendita o di alienazione per parte dell'utilista, ossia del debitore, il fondo passi col peso della rendita, e così resti garantito l'interesse del direttario creditore (1).

Questo risultato derivato allora dalle ricordate fonti, viene ora confermato dalla sovra recata decisione tratta dalla combinazione degli articoli del codice Napoleone, come si

(1) Vedi il presente volume, pagina 368 a 371, 383 a 385.

è veduto, a cui a modo di schiarimento intenzionale fu aggiunta la dichiarazione inserita nell'art. 107 del decreto imperiale 9 dicembre 1811, e dall'art. 5 dell'altro decreto imperiale 1.° marzo 1813 fatto per gli Stati romani.

Ecco in particolare quanto risulta dalla combinazione delle leggi, delle dichiarazioni, e delle decisioni su questo proposito.

1.° Nei livelli perpetui il vero e pieno proprietario si è il livellario stesso. Il direttario non è che un mero creditore d'una rendita mobiliare, e redimibile. Dunque il livellario può disporre del fondo livellato a guisa di padrone, ossia di proprietario incommutabile d'un bene, ed alienarne la proprietà come qualunque altro, che altro peso non avesse che quello di un debito capitale pecuniario.

2.° Il direttario non è che un creditore d'una rendita mobiliare assicurata bensì sul fondo, ma che nel sistema attuale non produce estrinsecamente un'azione esercibile sul fondo, se non mediante inscrizione all'ufficio delle ipoteche. Dunque se la proprietà del fondo venga alienata senza di codesta inscrizione, il creditore, altre volte direttario, avrà bensì un'azione personale contro il debitore altre volte utilista, ma non potrà molestare giammai il terzo acquirente e possessore, dalle cui mani la proprietà pervenne libera da ogni ipoteca notificata. Dunque il creditore direttario si vuole *conservare* la sua ipoteca naturale in guisa che sia esercibile sul fondo *ad quoscumque transeat*, dovere prenderne l'inscrizione prima che la proprietà ne sia alienata, o almeno prima che il terzo acquirente abbia fatta la trascrizione del suo acquisto libero da ogni ipoteca inscritta. « Les « creanciers de ces rentes (dice la recata decisione) n'ont « pu en conserver les hypothèques contre les tiers-acque« reurs, qu'en prenant inscription sur les immeubles qui en « sont grevés avant la transcription des contrats translatifs « de la propriété de ces immeubles. »

3.° Viceversa il terzo acquirente del fondo livellario che ne acquistò la proprietà (senza che prima il direttario avesse presa l'inscrizione ipotecaria per la rendita) facendo trascri-

vere il suo contratto di acquisto, libera *ipso jure* il suo fondo dal peso della rendita, ed altro non rimane al creditore, in addietro direttario, che l'azione personale verso il suo primo debitore livellario. « Le demandeur en cassation a « fait transcrire ses contrats d'acquisition, avant que le « defendeur eût formé son inscription pour la conservation « de ses droits : d'où il suit que le demandeur aurait *acquis* « *la liberation* de la redevance dont il s'agit par la tran- « scription de ses contrats au bureau des hypothèques » dice la ricordata sentenza.

4.° Nè ciò si restringe alle sole rendite livellarie, ma agli affitti perpetui, ed agli affitti a tempo indeterminato, perchè tali contratti hanno la forza di trasmettere la proprietà nell'affittuario, come dichiara la detta decisione conforme alle citate leggi (1), ed in conseguenza il locatore diviene semplice creditore di una rendita per il fondo affittato a perpetuità.

Ciò pur si verifica anche a riguardo di un semplice usufrutto perpetuo che importa l'inscrizione ipotecaria affine di conservare il diritto ad esigere una rendita stipulata in vista del detto usufrutto, come espressamente viene dichiarato colle seguenti parole : « qu'il en serait ainsi lors même que l'act. du 14 avril 1485 n'aurait été constitué que d'un simple usufruit perpétuel, puisque la redevance stipulée pour raison du dit usufruit n'en aurait pas moins grevé les fonds acquis, et que l'inscription est requise pour la conservation même des simples arrerages. »

(1) Questa decisione ha cassato la decisione della corte imperiale di Amiens, appunto perchè non attribuiva l'effetto della trasmissione della proprietà a questa specie di affitti. « Qu'il y a donc eu violation ouverte des lois qui attribuent « aux baux à rente, et même aux baux à locataire perpetuel, « l'effet de transmettre la propriété ». Con ciò si conferma la teoria già sopra esposta, che gli affitti perpetui ed a lungo tempo vengono *in questa parte* pareggiati ai livelli per la divisione del dominio, e quindi per le conseguenze pratiche che ne seguono, come fu dimostrato nel presente volume, pag. 389.

§. 12. *Non ostante la mancanza d' una tassa legale dei capitali del canone o di altre rendite simili eseguir si può l' inscrizione ipotecaria prescritta dal codice civile.*

Qui sorge un' obbiezione. Sia pur vero, si dirà, che il creditore, altre volte direttario, per conservare il suo diritto ad esigere il canone, e così pure l' affittuario perpetuo per conservare il suo diritto a esigere la pensione siano obbligati ad inscrivere all' ufficio delle ipoteche il loro credito primachè i proprietarj, altre volte livellarj ed affittuarj, alienino i fondi aggravati dal canone e dalla pensione, o almeno prima che il terzo acquirente o compratore faccia trascrivere il suo contratto: ma come eseguir ciò prima che si faccia una precisa liquidazione del capitale corrispondente al canone ed alla pensione? Non è egli vero che l' inscrizione ipotecaria ricerca per suo indispensabile requisito la fissazione, e quindi la notificazione precisa tanto della somma capitale, quanto degli interessi o delle pensioni dell' importo onde conservare il diritto ipotecario, e quindi l' azione ad esigere e gli uni, e gli altri? L' art. 2148 §. 4 del codice Napoleone si esprime chiaramente su di questo proposito. Ora senza una norma autorevole di liquidazione come si potrà adempiere alle prescrizioni del citato articolo? Sembra adunque di nuovo che la mancanza delle discipline pel riscatto, parte precipua delle quali è appunto la liquidazione suddetta, renda ineseguibile una regolare iscrizione ipotecaria.

Risposta.

Facile è la risposta a questa obbiezione: anzi per renderla vieppiù vittoriosa incomminceremo appunto dal citato §. 4 dell' art. 2148 del codice Napoleone. Ivi per quarto requisito dell' iscrizione ipotecaria si esige che nella nota lasciata presso l' ufficio delle ipoteche venga annotato « l' importo dei crediti capitali espressi nel titolo, o *valu-*

tati dall' iscrivente, riguardo alle rendite ed alle prestazioni o ai diritti eventuali, condizionali o indeterminati, nei casi in cui questa valutazione sia prescritta, come pure l'importo degli accessorj di questi capitali, ed il tempo in cui sono esigibili ». Poteva mai la legge parlare più a proposito pel caso nostro, e somministrare meglio la risposta alla recata obbiezione? Le prime parole del recato paragrafo prescrivono che la nota insinuata all'ufficio delle ipoteche debba esprimere l'importo dei *crediti capitali* espressi nel titolo o VALUTATI DALL' INSCRIVENTE riguardo alle rendite ec. Qui, come ognun vede, la quantità del credito viene fissata o mediante il documento originale, o mediante estimazione dell'inscrivente creditore. E questa disposizione della legge si applica appunto alle rendite, alle prestazioni e ai diritti eventuali ec. I canoni, le pensioni, ed altre simili prestazioni di rendite fondiarie perpetue, come appunto sono i livelli ed affitti perpetui, i laudemj ed altri eventuali diritti cadono appunto sotto di questo paragrafo, il quale precisamente allude a queste specie di crediti. Ora se per l'iscrizione ipotecaria di tutti questi oggetti la legge, in mancanza del documento, che ne fissi la quantità, autorizza la valutazione dell'inscrivente, vale a dire, ammette come dato positivo la liquidazione che ne fa l'inscrivente medesimo, e considera con ciò l'inscrizione stessa come regolare, ne segue che verun ostacolo non può trovare la legge anche quando non preceda una tassa estimatoria, od anche una liquidazione convenzionale, bastando all'iscrizione ipotecaria che il creditore, altre volte direttario, fissi a suo giudizio il valore del capitale da iscriversi.

Ecco pertanto ciò che praticar si può su di questo proposito.

Quando un direttario voglia assicurarsi dell'esigenza del suo canone, della sua pensione, e garantirsi contro le conseguenze di una clandestina alienazione, che far potesse il livellario o affittuario perpetuo, egli prende a dirittura la sua iscrizione sul fondo livellato o affittato, giusta le forme prescritte dall'art. 2148 del codice Napoleone. E trovando

che l'importo del credito capitale del canone e della pensione dovuta non è liquidato dalle precedenti investiture, esso stesso ne fissa il valore e la quantità, come pure lo fissa riguardo agli altri diritti eventuali a lui dovuti fino ad affrancazione, e con ciò esso rimane sicuro del suo credito, e viene garantito dalla legge.

Ad evitare poi ogni perplessità nella fissazione del capitale dei diritti sì fissi che eventuali, egli prende per sua norma le leggi vigenti per le affrancazioni dei livelli, affitti perpetui, ed altre prestazioni sì fisse che casuali degli stabilimenti pubblici e di culto (1).

Nè può recare differenza veruna nell' estimazione dei capitali, e del valore dei diritti fissi ed eventuali, la diversità che passa tra una corporazione ed un privato, stantechè *dove si tratta del mio e tuo, le regole estimative del prezzo dei beni debbono essere le medesime.* L' osservanza delle cautele tutorie, fra le quali si annoverano le diverse petizioni, approvazioni, e simili solennità non possono applicarsi ai privati, perchè nell' un caso si tratta di un corpo tutelato, e nell'altro di una persona *sui juris.* Ogni uomo di senso comune sente a prima giunta, che se un bene mobile o immobile secondo la estimazione comune, vale dieci, o valutare si deve come dieci per una persona, si deve egualmente valutare allo stesso prezzo anche per l'altra; non essendo la qualità personale un elemento integrante del valore. Qui siamo nel caso di applicare una legge, fatta per una classe di persone, ad un' altra classe per identità perfetta di oggetto e di diritto (2). Se prima del codice Napoleone non si potevano applicare ai privati i regolamenti fatti pei pubblici stabilimenti sul punto dell' affrancazione delle rendite perpetue fondiarie, e quindi le norme estimative del valore dei

(1) Vedi la nota appiedi n. I.

(2) Qui ha luogo la trita legge = *Quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est caetera quae tendunt ad eandem utilitatem vel interpretatione, vel certe* jurisdictione *suppleri. L.* 13 *ff. de leg. Senat. Cons.*

diritti fissi ed eventuali, ciò unicamente derivava dal motivo che l'affrancabilità *non era stata ancora estesa ai privati*: ma dopochè questa affrancabilità fu estesa anche ai privati, ne segue necessariamente essere applicabili ai medesimi anche le norme estimative dei diritti fissi ed eventuali, annessi alle rendite e prestazioni redimibili.

§. 13. *Regola pei giudici onde fissare il valore capitale delle rendite livellarie.*

Questa osservazione è infinitamente importante pei giudici ed i tribunali, in caso di contestazione sul valore delle rendite, nell'eseguire l'affrancazione domandata da' possessori de' fondi aggravati dalle rendite medesime. Certamente nel dovere e nella perplessità di determinare il valore controverso, niuna norma più autorevole scegliere potrebbe un giudice (che pronuncia come arbitro stabilito dalla legge) di quella che viene adoperata per le affrancazioni delle rendite dovute ai corpi tutelati dallo Stato.

In aspettazione pertanto d'uno speciale regolamento sull'affrancazione dei livelli, e di altre rendite perpetue fondiarie, i giudici hanno una norma legalmente applicabile alle controversie che possono insorgere fra privati, sul modo di valutare i capitali dei diretti dominj, sia per ottenere l'affrancazione, sia per far ridurre ai suoi giusti limiti una ipoteca eccessiva.

Facil cosa è estrarre dalle leggi e dai decreti, de' quali abbiamo dato l'estratto nella nota n. I, le disposizioni applicabili alle affrancazioni dei livelli privati. Solamente dobbiamo annotare qui essere applicabili al caso che le parti non si possano accordare all'amichevole. Quando esse vanno d'accordo, valgono i soli patti.

§. 14. *Altra conseguenza pratica sulle intestazioni censuarie delle proprietà soggette a livello.*

Dalle premesse considerazioni ne segue essere stata tolta ogni perplessità sul modo d' intestare nei registri censuarj il vero proprietario dei fondi soggetti a rendite perpetue o temporarie, una volta portanti il vincolo del condominio. Postochè in oggi la vera e piena proprietà stabile è assolutamente concentrata tutta o sopra il concessionario, o sopra il concedente, come sopra si è veduto, ecco le speciali conseguenze.

1.° Se il dato fondo è aggravato o da un livello perpetuo, o da un livello che ecceda i 99 anni, o le tre generazioni; o contempli una discendenza in genere sia lineare sia famigliare, o sia aggravato da un affitto o usufrutto perpetuo, o da una decima (1), o da qualunque altra prestazione in generi o in denari pure perpetua, o che si considera come perpetua (2), in tal caso deve venir intestato come unico proprietario il possessore dell' immobile, e la rendita imposta deve considerarsi come un mero peso del fondo medesimo al pari di qualunque debito portante ipoteca.

Nè può formare obbietto che il contratto porti reversione o caducità per l' avvenimento di determinati casi: imperocchè nella stessa guisa che una clausola resolutiva apposta ad una vendita non toglie il passaggio della piena proprietà dal venditore al compratore, dimodochè essa pienamente riposa sul compratore in tutto quel tempo che precede il caso contemplato nella clausola medesima; così nel contratto livellario perpetuo o simile a perpetuo, le clausole di reversione o di caducità od altre simili, non ostano a che la piena pro-

(1) Vedi la nota n. I.

(2) Vedi su di ciò il presente volume, pagina 365, 366.

prietà intestar non si debba nelle tavole censuarie sotto il nome del possessore livellario (1).

Su di ciò per altro non può avvenire sbaglio veruno, nè può esservi bisogno di legge alcuna direttrice, dopo il decreto 10 febbraio 1809, che è fatto in perfetta armonia colle disposizioni del codice Napoleone; in punto della collocazione della proprietà, e però in forza di quest' armonia viene ad afforzare e confermare le già recate teorie (2).

2.° Che se un dato fondo è aggravato da un livello, o da un affitto temporaneo (vale a dire non eccedente i 99 anni, o le tre generazioni, come sopra si è avvertito) o da altra prestazion fondiaria pure temporanea, egli è chiaro che la proprietà deve essere registrata in testa del *livellante*, *locatore*, o del *creditore* della rendita o prestazion temporanea, e non più in testa del livellario, dell' affittuario, o di altro possessore. Le leggi dispositive e dichiarative sopra prodotte riconoscono risiedere nei primi la piena *proprietà*: nulla ostando che il godimento del fondo esista presso il livellario, affittuario o debitore della rendita o prestazione, pel motivo che la legge vuole segnato il vero *proprietario* dell' immobile, e non la persona che ne gode temporaneamente. In conseguenza di ciò non deve recare veruna meraviglia che nei registri censuarj talvolta si vegga intestato quello che chiamavasi una volta *utilista* come proprietario del fondo, e talvolta quello che chiamavasi *direttario*: sì l' una che l' altra intestazione deve aver luogo, come si è veduto, secondochè la piena proprietà risiede in forza delle leggi presso l' uno, o presso l' altro. Ciò si è detto per soddisfare ai dubbj di taluno che crede incongruente questa diversa intestazione.

(1) Su di questo punto io mi riporto a ciò che ne fu detto ampiamente colla scorta del sig. Merlin nel presente volume pag. 362 a 365.

(2) In prova di ciò veggasi quanto fu scritto nel Giornale di giurisprudenza tom. V, pag. 212 a 215.

§. 15. *Come debba essere regolata la ritenuta delle imposte prediali sui fondi aggravati da rendite livellarie o simili.*

Molto più grave ed importante è la questione che si presenta come conseguenza delle antecedenti teorie sul punto della ritenuta per causa d' imposta prediale competente al possessore di un fondo sul canone o prestazione dovuta al concedente del fondo medesimo. Per ben intendere lo stato della questione convien prima di tutto richiamare la legge riguardante questo punto.

Art. 1.° « Le contribuzioni imposte sui beni tenuti a li-« vello sono a carico dell' enfiteuta anche nel caso in cui « non sia stato espressamente obbligato al pagamento delle « imposte nel contratto. »

Art. 2.° « L' enfiteuta è autorizzato a ritenersi il quinto « dell' ammontare del canone per rappresentare la contri-« buzione dovuta dal proprietario. »

« Questa ritenuta però non potrà aver luogo nei casi in « cui sarà stato stipulato in qualunque modo che il peso « delle contribuzioni sarà esclusivamente a carico dell' en-« fiteuta » (1).

Questo decreto è di parola in parola identico cogli articoli conclusionali del seguente parere del Consiglio di Stato dei 21 geunaio 1809 approvato da S. M. Eccone il tenore.

Le Conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par S. M., a cuteudu le rapport de la section des finances sur celui du ministre de ce departement, relatif à la question de savoir :

1.° Si la contribution foncière des héritages possédés à titre d'emphitéose, doit être supportée par le preneur qui paye la rente, ou par le bailleur qui la perçoit;

2.° Si l'emphitéote est autorisé à retenir, sur le montant de la redevance, un cinquième pour représenter les con-

(1) Decreto 27 aprile 1811.

tributions dues par le bailleur pour la jouissance de la rente.

Vu la loi du premier décembre 1790.

Considérant que le payement des contributions étant une charge inséparable de la propriété utile, il ne doit être supporté que par celui qui en jouit, c'est-à-dire, par le preneur ou ses ayant droit; que cette jurisprudence, conforme au droit commun, à été reconnue par une decision du ministre des finances rendue le 10 avril 1792.

Considérant que la disposition de la loi du 1790, qui autorise le débiteur de rente à la retenue du cinquième sur la redevance, est textuelle et précise; que, par conséquence, le bailleur ne peut lui contester ce droit, à moins qu'un pacte n'ait été stipulé dans l'acte emphytéotique.

Considérant, pour ce qui régarde les emphytéoses consenties par les ci-devant corps ecclésiastiques, pour lors exempts des impositions, qu'il n'y a nul motif pour supposer qu'il eussent stipulé la condition de l'exemption de toute retenue, lorsque cette condition n'a point été expressement enoncée dans leur contrat.

Est d'avis, 1.° Que les contributions imposées sur les propriétés tenues à bail emphytéotique doivent être à la charge de l'empytéote, lors même qu'il n'a point été astreint expressement à ce payement par l'acte de bail;

2.° Que l'emphytéote est autorisé à la retenue du cinquième sur le montant de la redevance, pour représenter la contribution due par le bailleur, à moins que le contraire n'ait été expressement stipulé;

3.° Que le présent avis soit inséré au bulletin des lois.

Approuvé, en notre palais des Tuilleries, le 2 février 1809 ec. (1).

Confrontando la parte dispositiva di questo parere col testo del ricordato decreto italiano 27 aprile 1811, risulta in massima che l'imposta prediale deve essere sempre pagata dal possessore o detentore del fondo.

(1) V. bulletin des lois n. 225, tom. 34, pag. 27, 28.

1.° Che il possessore del fondo soggetto a livello o ad altra simile prestazione, ha sempre il diritto ad un rimborso proporzionale al quinto della rendita stabilita dal concedente: e questo diritto viene stabilito per fatto della legge, nè abbisogna di alcuna convenzione per essere esercitato dal possessore. Questo rimborso si fa mediante appunto la ritenuta che vien praticata dal possessore che pagò l'imposta intiera, ritenuta che vien ragguagliata sull'importare del quinto sul valore della rendita, dimodochè quando il debitore della rendita paga il creditore, pone in isconto del canone annuale la corrispondente porzione d'imposta che doveva toccare al creditore, e che fu pagata a suo nome dal debitore medesimo.

2.° Contro di questo diritto di ritenzione non si può opporre altra eccezione che quella di un patto antecedente espressamente stipulato fra il livellante ed il livellario, col quale fosse stato concordato che tutta l'imposta prediale dovesse andare a carico del livellario solo senza compenso da farsi dal livellante, e quindi senza la ritenuta del livellario.

3.° E qui è osservabile la dichiarazione relativa alla esenzione una volta competente ai beni ecclesiastici, e così dicasi ai beni privilegiati dei nobili e feudatarj. La legge non riconosce che l'esenzione vigente sotto il vecchio sistema possa operare a guisa di patto per caricare definitivamente il livellario, o altro debitore della rendita del peso dell'imposta, e quindi togliergli il compenso o la ritenuta proporzionale di cui parliamo, attesochè tale esenzione operando per fatto della legge, non si poteva giammai considerare come libera e convenzionale fra le parti. Ciò ha luogo anche quando fosse intervenuto un patto espresso fra il concedente ed il concessionario, avveguachè il patto altro non essendo in quel sistema che un mero atto famulativo della legge, ed un surrogato alla legge medesima, ivi la volontà delle parti non era operativa per creare un diritto, ma meramente dichiarativa per eseguire un'obbligo imposto dalla legge, la quale anche senza della volontà delle parti

produceva per ministero proprio lo stesso effetto. Per la qual cosa venendo abrogata la legge attributiva del privilegio dell'esenzione, il patto fatto sotto l'impero della legge abrogata come famulativo della medesima, cessa di aver vigore: e per conseguenza il concedente, per non sottostare alla sua quota d'imposta sotto la nuova legge, abbisogna di un libero patto e di una nuova convenzione operante per virtù propria della libera volontà delle parti. Questo è il risultato di diritto per i patti riguardanti i corpi una volta esenti da imposte.

Ma questi risultati applicar forse si debbono indistintamente alle rendite perpetue, una volta immobiliari, come alle rendite temporanee sui fondi? Avvi forse in oggi ugual ragione di applicare il detto decreto 27 aprile 1811 ai livelli perpetui, come ai temporanei? Qui noi parliamo del regno d'Italia, e per conseguenza noi parliamo di un paese nel quale l'imposta diretta o prediale cade sulle cose immobili, e non sulle cose mobiliari, o sopra i capitali pecuniarj ipotecati sui fondi.

Non senza ragione cade qui questa osservazione, perocchè è cosa importante l'annotare, che nella legge sulla contribuzion fondiaria in Francia, vengono compresi anche i capitali pecuniarj e le rendite mobiliari: e di più è osservabile, che lo spirito del sovra riportato parere si riferisce intieramente al sistema delle contribuzioni fondiarie stabilite colla legge del 1.° dicembre 1790 riportata come norma nel detto parere. Colla detta legge in fatti sotto la classe delle contribuzioni fondiarie si comprende anche la tassa su i capitali pecuniarj, ossia sulle rendite mobiliari portanti ipoteca su i fondi, e ciò in conformità delle leggi introdotte sotto l'antico regime col nome di *decimo* e *ventesimo*, colle quali fu caricata d'imposta ogni specie di rendita, e quindi anche le rendite mobiliari (1).

Da ciò ne derivò al debitore, che paga l'imposta, il diritto di ritenuta proporzionale contro del creditore della

(1) Vedi la nota n. II.

rendita, ossia del capitalista per assoggettarlo alla contribuzione addossatagli, e che fu pagata per suo conto. Una conferma luminosa di questa osservazione leggesi nei motivi e nella dispositiva della legge sull' interesse del denaro, già riportata nel Giornale di Giurisprudenza (1).

La mobilizzazione quindi delle rendite fondiarie perpetue introdotta in Francia colle nuove leggi, non produsse esenzione alcuna per i contribuenti delle pubbliche imposte, poichè tanto coloro che godevano di rendite immobiliari, quanto coloro che godevano di rendite mobiliari o in origine o rese tali per fatto della legge, furono tutti assoggettati alla pubblica imposta.

Ma nel regno d' Italia la cosa non è così. Qui non si conosce l' universale imposta francese; qui sotto il nome *di contribuzioni imposte sui* BENI tenuti a livello (come dice l' art. 1.° del citato decreto), non si può intendere che la prediale, la quale colpisce i soli beni immobili, dimodochè il detto decreto 27 aprile 1811, autorizzante *la ritenuta*, non è applicabile che alla prediale; e solamente si può eseguire in fatto di prediale a carico del *proprietario* stesso dell' immobile.

Dico del proprietario, perocchè presso di noi il carico è fissato sulla proprietà. In conseguenza di ciò l' art. 2 dispone che « l' enfiteuta è autorizzato a ritenersi il quinto del« l' ammontare del canone per rappresentare la contribu« zione dovuta dal *proprietario*. »

Premesse queste osservazioni veggiamo « quale sia il « senso e l' applicabilità del decreto 27 aprile 1811 nell'at« tuale periodo di legislazione civile e finanziera, e quali « ne siano le pratiche conseguenze. »

(1) Tom. VIII, pag. 237 a 250. È osservabile alla p. 388 il passo, in cui si cita la legge del 23 novembre 1790. Questa è la stessa legge che vien citata sotto la data 1.° dicembre 1790, come porta la rubrica del bullettino; dimodochè gli oggetti stessi compresi sotto l' imposta del ventesimo coll' editto del 1749 lo furono anche colla legge 23 novembre, ossia 1.° dicembre 1790.

A questa questione io rispondo col seguente dilemma.

O sotto la denominazione di beni tenuti a livello, adoperata in detto decreto, voi volete comprendere anche i beni aggravati da rendite livellarie perpetue, o solamente que' beni che sono soggetti ad enfiteusi temporanea, ne'quali il concedente è vero *proprietario*.

Se voi volete comprendere i primi, voi commettete un assurdo legale, incompatibile eziandio col retto ed ovvio senso letterale del decreto: se poi applicate lo stesso decreto ai soli livelli temporanei, tutto corre a meraviglia sì per i rapporti di diritto, che per la retta intelligenza del testo.

La verità di questa risposta risulta dalle seguenti considerazioni. È cosa certa ed irrefragabile che nei livelli perpetui l'enfiteuta, in forza delle nuove leggi, è divenuto pieno proprietario dei beni soggetti a livello, dimodochè tutta la proprietà riposa sopra di lui, altro non rimanendogli verso del direttario che il puro debito mobiliare della rendita, come fu di sopra dimostrato (1). All'opposto il

(1) Una recente conferma di questa qualificazione anche a senso dell'italiana giurisprudenza adottata dal governo, noi la ritroviamo nelle istruzioni ministeriali al decreto 24 gennaio 1814 autorizzate dall'art. 11 del decreto medesimo, ivi nell'art. 5 essendosi disposto come segue: « È imposta per una volta soltanto la tassa dell'uno per cento su tutti i capitali iscritti agli uffícj delle ipoteche del regno a titolo di mutuo, residuo prezzo, censo, impiego *ed altro titolo qualsivoglia, nessuno eccettuato*, sui quali capitali decorre interesse ed annualità in danaro a favore del creditore »; nelle istruzioni fu sotto l'art. 3 soggiunta la seguente dichiarazione: « I debitori di livelli e decime non sono compresi nelle disposizioni degli articoli precedenti ». Sotto l'impero dell'anteriore legislazione, nella quale i livelli e le decime erano cosa immobiliare quanto al titolo, ed anzi costituivano parte del dominio reale, questa dichiarazione sarebbe stata mai necessaria? Non mai. Anzi sarebbe stata non solamente superflua ma incongruente. Che cosa dunque concludere dobbiamo? Dobbiamo concludere che senza di questa spiegazione i capitali livellarj e delle decime naturalmente cadevano sotto la frase generale di rendite sotto *altro titolo*, ma essendo intenzione di esimerle dalla

direttario altro non è che un mero creditore di una rendita costituita a guisa di un censo, dimodochè l' imposta prediale non può giammai cadere su di lui nel sistema attuale della imposta italiana. Dunque lungi che la ritenuta di cui parla il decreto si possa applicare all' imposta cadente su i beni tenuti a livello perpetuo ad aggravare il direttario, in oggi semplice creditore della rendita, si deve applicare soltanto ai beni soggetti ad enfiteusi temporanea, nei quali appunto l' imposta che vien soddisfatta dall' enfiteuta, deve cadere in parte a peso del livellante come proprietario del fondo, il quale in forza di questa proprietà ritiene il dominio, e ne trae il canone simile ad affitto temporaneo.

Questa conclusione si conferma ponderando attentamente, e insieme confrontando le espressioni del testo recato. Difatti ivi si parla del *proprietario*, e si contrappone all' enfiteuta. Questa locuzione, quanto può essere conforme ai rapporti della nuova legislazione, nella quale la proprietà sta tutta o presso il concedente, o presso il concessionario, altrettanto ripugna ai rapporti di diritto dell' anteriore legislazione, nella quale nè al direttario, nè all' utilista applicar si poteva assolutamente l' attributo di proprietario; stantechè il dominio era diviso fra di essi, ed entrambi venivano considerati come compadroni sotto due aspetti diversi. Ciò ritenuto ne segue qui che il proprietario, di cui si parla nel decreto, altri essere non può che il concedente del livello temporaneo, e non l' enfiteuta del livello perpetuo, per il motivo perentorio che il livellario temporaneo può bensì chiedere al padrone un rimborso d' imposta pagata corrispondente alla contribuzione dovuta dal proprietario: dovecchè all' opposto l' enfiteuta che è proprietario del livello perpetuo non potrebbe ripetere che da se stesso la deduzione di cui parla il decreto; lochè in ultima analisi significa non essere applicabile al livellario perpetuo la disposizione del decreto medesimo.

tassa fu d' uopo di spiegarlo espressamente, talchè siamo nel caso di applicare il trito canone che *exceptio firmat regulam.*

Questa deduzione a carico del creditore della rendita livellaria perpetua, verificar non si potrebbe che nel solo caso in cui i capitali mobiliari, ossia le rendite mobiliari medesime, fossero assoggettati ad imposta. Ma all'epoca del 27 aprile 1811 le rendite mobiliari derivanti da capitali erano, come ognun sa, esenti da imposta.

Sarebbe inutile l'insistere ulteriormente su di questa soluzione, perchè discende necessariamente come irrefragabile conseguenza da' principj sopra dimostrati.

§. 16. *Diritti conseguenti.*

In vista della interpretazione ora recata del ricordato decreto 27 aprile 1811, ne derivano i seguenti corollarj di diritto.

1.° Ogni direttario creditore di canoni per livelli perpetui, o simili a perpetui: ogni locatore a perpetuità, ed ogni altro creditore di prestazioni fondiarie a titolo perpetuo, considerar si deve esente da qualunque imposta prediale caricata sui beni assoggettati alla rendita medesima fondiaria: ed in conseguenza non è altrimenti soggetto alla ritenuta contemplata in detto decreto; ma egli ha diritto di eseguire il canone e la prestazione nell'intiera sua quantità senza deduzione alcuna a favore del debitore della rendita medesima.

2.° Ciò ha luogo quand'anche nell'investitura, o per qualunque altra maniera il creditore della rendita si fosse obbligato per patto espresso di assumere in se medesimo il peso dell'imposta prediale, o almeno l'obbligo di bonificare al debitore una certa quota proporzionata alla quantità del canone o della rendita. Imperocchè in forza delle nuove leggi essendo stata cangiata la natura dell'oggetto del contratto, e tolta la ragion fondamentale del patto stipulato, cessa *ipso jure* la forza e la disposizione del patto medesimo tanto nei rapporti fra privato e privato, quanto nei rapporti fra il privato ed il pubblico tesoro, il quale ha in mira di esigere la prediale a carico dei soli proprietarj.

3.° Indebito quindi e senza causa si fu il pagamento o la riduzione accordata dai creditori o direttarj a titolo perpetuo ai loro debitori, e molto più il pagamento o totale o parziale della prediale imposta sui beni soggetti a livelli o rendite perpetue; e però rimane ai direttarj o creditori medesimi aperto il diritto di ripetere l'indebitamente pagato.

4.° Che se fosse intervenuta sentenza passata in giudicato, questa potrebbe bensì colpire i pagamenti passati dedotti in questione, ma non mai i pagamenti futuri su' quali non poteva cadere la cosa giudicata. Nè a ciò potrebbe ostare una massima erronea spiegata dal giudice o tribunale, colla quale si assoggettasse il direttario o creditore allo stesso carico per obbligarlo in futuro; avvegnachè con ciò si attribuirebbe all'opinione del giudice la forza di disposizione regolamentare eccedente l'oggetto giudicato, lochè viene altamente vietato ed anche punito dalle nostre leggi civili e criminali (1).

5.° Per lo contrario le disposizioni del detto decreto sono intieramente applicabili alle enfiteusi temporanee, e la ritenuta ha sempre luogo in favore dell'enfiteuta, ammenochè nella investitura non sia stato espressamente stipulato che l'enfiteuta non possa ripetere rimborso alcuno proporzionale dal direttario, per rappresentare la contribuzione dovuta da lui.

6.° All'enfiteuta temporaneo, e rispettivamente al direttario padrone del fondo livellato, vengono e venir debbono applicate le massime già premesse per determinare se debba avere forza di patto l'esenzione dalle pubbliche imposte, stipulata a favore dei direttarj altre volte privilegiati in forza di legge o di consuetudine, come in molti paesi erano gli ecclesiastici sì secolari che regolari, i feudatarj ed altri aventi privilegi.

(1) Art. 5 del codice civile co' suoi motivi. Art. 127 del codice dei delitti e delle pene co' suoi motivi.

§. 17. *Se data l' affrancabilità in diritto si possa fino all' affrancazione effettiva ritenere l' antica divisione del dominio e quindi gli effetti conseguenti di diritto.*

Fino a qui ci siamo occupati di questioni di stretta giurisprudenza, perchè tutti i nostri ragionamenti versavano nello svolgere ed applicare disposizioni puramente positive delle leggi emanate. Qui dovrebbe dunque aver fine ogni nostra trattazione sulla materia dei livelli, e di buon grado risparmieremmo qualunque ulteriore discorso, se da taluni non fossimo provocati a ragionare della convenienza di lasciar sussistere la natura immobiliare, ed il vincolo del condominio nei livelli perpetui ed in altre rendite consimili fino all' effettiva affrancazione: la qual cosa appartiene piuttosto alla ragion legislativa, che alla ragion giudiziaria, e semplicemente positiva.

L' assunto di coloro che opinano per la sussistenza di tali vincoli è fondato sul principio, che nelle mutazioni di proprietà, e quindi nel passaggio di un fondo livellario o per eredità, o per alienazione fra vivi, pagar si deve la tassa di registro come se il fondo fosse affrancato dal condominio, nel mentre pure che il padrone diretto ritiene parte della proprietà affrancabile. Da ciò ne viene che per il passaggio da un livellario ad un altro, pagandosi una parte di dominio non trasmesso, si paga in parte senza causa. Dunque pare che nell' intervallo, e prima dell' effettiva affrancazione convenga mantenere il condominio per ripartire equamente il peso delle imposte fra il direttario e l'utilista.

A questo discorso rispondo come segue. Prima di tutto io domando se esso possa conciliarsi coll' attuale legislazione. O voi concedete che la legge abbia resi affrancabili i livelli perpetui, ed altre rendite simili o no. Se voi concedete il primo, in allora cade ogni fondamento del vostro discorso, ed anzi egli si appoggia su di un falso supposto, perchè il figurato condominio non esiste più, e quindi il proprietario

livellario che acquistò la vera proprietà del fondo, e che solo la ritiene per intiero, la trasmette pure per intiero al suo successore. Il diretto dominio allora non è che un peso simile ad un capitale pecuniario ipotecato sul medesimo, e però niun aggravio indebito vien fatto al possessore od acquirente esigendosi l'intiera tassa della libera proprietà. Se poi volete che la legge non abbia resi affrancabili i livelli perpetui ed altre simili rendite, voi ristaurate la disputa e ritornate ad una questione già sciolta.

Ma sorpassiamo questo assurdo, e per una disposizione di mera autorità tentiamo di conciliare l'affrancabilità colla divisione dell'imposta di registro da voi figurata. Non è egli vero che nell'intervallo fra l'affrancabilità e l'affrancazione volendosi alienar un dominio diretto, si dovrebbe pagar il registro; ma questo non essendo mobilizzato pagar si dovrebbe il diritto proporzionale proprio di un diritto immobiliare? Ma ciò sarebbe forse giusto? A buon conto il direttario prima di tutto si lagnerebbe d'un ingiusto aggravio, perchè senza ragione vorreste sottoporlo a tassa propria di un dominio immobiliare, nel mentre che ne fu sottratto dalla legge, e ne fu caricato il livellario come unico padrone riconosciuto. Inoltre querelar si potrebbe che la tassa è eccessiva, perchè pagando a titolo di oggetto immobiliare, pagherebbe di più di quello che la legge attuale del registro importa, perchè in essa sono più aggravate le mutazioni dei diritti immobiliari, che quelle dei diritti mobiliari o pecuniarj.

Senza detrar dunque nulla ai diritti della finanza, voi verreste ad aggravare indebitamente tutti i direttarj, e per una malintesa parzialità verso un livellario, verreste a sopraggravare quella classe che più merita sollievo. Volendo servire non alla forza fattizia dei nomi, ma alla realtà delle cose, si trova che la posizione del direttario è diversa da quella dell'utilista; poichè il direttario reso creditor privilegiato del canone o di qualche altro eventuale diritto, non può migliorare la sua sorte. L'utilista all'opposto è un vero

proprietario che mediante l'affrancabilità migliora e può assai più migliorare la sua sorte per tutti quei beneficj che vengono prodotti dalla libera proprietà.

Dunque dal vostro assunto ne verrebbe, che la parte che dovreste sollevare verrebbe vieppiù aggravata, e quella che dovreste aggravare in correspettività del legale beneficio ottenuto, verrebbe ingiustamente sollevata caricandone il peso sull'altra. È certo che la legge del registro colpisce tutte le mutazioni di proprietà. Se dunque volete la proprietà divisa, diviso dunque sarà il pagamento dell'utilista e del direttario nel corso delle rispettive mutazioni di proprietà. Col vostro giuoco pertanto non sottraete nè l'uno, nè l'altro dall'imposta, ma bensì sagrificate indebitamente il direttario all'utilista e nulla più. Chi vi autorizza a praticare questa soperchieria?

Ma lasciamo questo accozzamento mostruoso, e contraddittorio di cose, e poniamoci sul cammino retto della legge. Quanto l'irredimibilità delle rendite fondiarie è dannosa ad ogni sistema economico privato e pubblico, altrettanto è giovevole l'affrancabilità da ogni vincolo immobiliare. La prima toglie quella libera proprietà da cui nascono tanti beni e comodi desiderati dal possessore, e tante altre operazioni e miglioramenti a perpetuità che si eseguirebbero da lui, se egli fosse proprietario incommutabile dell'immobile posseduto. Essa di più frappone impacci nocivissimi alle contrattazioni degli immobili, impacci che si amerebbero assai più di togliere di mezzo mediante l'affrancazione, perocchè nei valori, specialmente di affezione degli immobili, torna spesso assai più lo sborsare il capitale di un canone, o di altri diritti eventuali di quello che soffrire o la deteriorazione del valore, o la servitù d'un livello irredimibile.

L'affrancabilità per lo contrario porta seco tutti i beni della libera proprietà e del corso naturale dei beni, cioè di un corso che si adatta alle vicende dei bisogni, e si spiega a tutte le speculazioni utili del commercio, ed incoraggisce tutti i miglioramenti dell'agricoltura e delle sostanze immobiliari. L'affrancabilità dunque in se stessa è un beneficio

accordato dalle nuove leggi al possessore del bene livellato, o soggetto ad altra rendita perpetua. Questo beneficio è consumato dal canto della legge col pronunciare l'affrancabilità: non dipende che dal possessore di approfittarsene.

Per la qual cosa il legislatore che provvede ai bisogni dello Stato colle pubbliche contribuzioni, non deve dipendere dall'arbitrio del privato per sospendere l'esigenza di un'imposta il di cui correspettivo beneficio fu già da lui accordato. Anzi se ciò praticasse egli mal farebbe, perocchè aspettando ad esigere la tassa speciale del diretto dominio fino all'effettiva o libera affrancazione dell'utilista, sagrificherebbe la cosa pubblica a considerazioni di privato arbitrio; e quel che è più aggraverebbe frattanto iniquamente il direttario, tanto col fargli pagare in caso di mutazione la tassa eccessiva d'un diritto immobiliare, quanto col sottoporlo ad una indebita ritenuta per imposta prediale, od anche a pagarla tutta intiera in caso che ciò fosse stato pattuito anticamente. In ogni caso poi con questo sistema provocherebbesi un'abituale e molesta inquisizion finanziera su tutti gli atti di private affrancazioni onde impedire che non si colluda a far frode alla percezion fiscale, nè si rechi altro detrimento. Ecco le conseguenze del divisamento proposto di dividere dopo la pronunciata affrancabilità l'imposta fra il direttario e l'utilista fino a che sia effettuata l'affrancazione.

Non è prezzo dell'opera il trattenersi più a lungo su di uno spediente cotanto assurdo ed iniquo; e che d'altronde esce dalla sfera della giurisprudenza.

NOTE

Nota I.

Estratto e nota dei regolamenti italiani per le affrancazioni dei livelli, decime private, ed altre rendite fondiarie perpetue.

Pel corso di dieci anni continui incominciando dal 1801 fino al 1811, abbiamo leggi sulle affrancazioni dei livelli, decime ed altre rendite fondiarie dovute al demanio, come succeduto a corporazioni soppresse.

I. Colla legge 25 ventoso anno IX (16 marzo 1801).

1.° È accordata l'affrancazione dei livelli transitorj *ad quoscumque*, costituiti a perpetuità, eccettuati gli appartenenti agli stabilimenti di pubblica beneficenza ed istruzione, e quelli posteriori all'epoca del 1795 (art. 2 e 3).

2.° La tassa d'affrancazione dei livelli *in denaro* è fissata in un modo graduale, cioè al 3, al 4 ed al 5 per 100, incominciando dal 1700 retro, e dal 1700 venendo fino al 1795 (art. 4).

Per quelli poi costituiti in generi mediante stima di tali generi al prezzo medio che ebbe luogo nelle rispettive centrali dei dipartimenti dal 1785 a tutto il 1795 (art. 5).

3.° I livellarj presentano petizione alle rispettive agenzie de' beni nazionali ec. = I primi inscritti hanno la preferenza.

Gli agenti fanno la liquidazione, concludono le massime del contratto che viene approvato dal ministro della finanza, e passano alla celebrazione dell'istromento (art. 7, 8) (1).

II. Colla legge 23 germile anno IX (13 aprile 1801) si ripete letteralmente la legge antecedente, a riserva

(1) Vedi collezione di leggi, avvisi ec. dell'anno 1800, tom. V, pag. 242.

1.° Che per i livelli costituiti in denaro si stabilisce la sola tassa del 100 per 5 sul canone convenuto.

2.° Si accorda a' terzi non livellarj il diritto di pagare il diretto dominio, quando l'utilista (che deve essere preferito) non affranchi entro 15 giorni (1).

III. Colla legge 14 settembre 1802 non viene nulla innovato alle due leggi anteriori nè riguardo alla facoltà di affrancare, nè riguardo alla tassa, perchè quanto ai livelli transitorj *ad quoscumque* si riferisce alle norme prescritte dalla legge 23 germile suddetto (art. 13); per le decime poi distingue se sono pagate in danaro o in natura; quanto alle prime determinato il prezzo sul novennio 1796 retro fissa il capitale di lire cento sopra ogni lire cinque (art. 9); quanto alle seconde il capitale è parimenti ragguagliato al 5 per cento.

Quello che avvi di particolare in questa legge si è, che più esplicitamente si rinnova la dichiarazione della facoltà di affrancarsi di terzi, e se ne prescrivono le condizioni (art. 8).

Di più si considera il caso che la rendita o decima fosse affittata, e si stabilisce l'indennizzazione per l'affittuario (art. 15) (2).

IV. Succede il regolamento conseguente per l'esecuzione della legge suddetta, e questo è del 27 dello stesso mese di settembre 1802. Ivi è osservabile

1.° La formazione delle tabelle normali dei prezzi per l'adequato della tassa dell'affrancazione (art. 3). L'approvazione di siffatte tabelle dalla prefettura (art. 4).

2.° La conclusione del contratto dell'affrancazione (articolo 8).

3.° L'approvazione del prefetto sentito il voto del luogotenente di prefettura.

4.° I termini per prelazione o posticipazione del proprietario affrancante (art. 10).

(1) Vedi collezione anno 1800, tom. VI, pag. 25.
(2) 1802, pag. 345.

V. Subalternamente al decreto regolamentare 27 settembre suddetto, il ministero delle finanze con sua instruzione 3 dicembre 1802 passò a disciplinare l'affrancazione dei livelli contemplati nell'art. 14 della legge 14 settembre 1802, la quale statuì bensì discipline sui livelli transitorj *ad quoscumque*, e costituiti a perpetuità, ma non su quelli che erano costituiti a certe generazioni, i quali finita la detta generazione importavano la consolidazione dell'utile col diretto, e quindi la reversione al direttario.

In forza di speciale facoltà accordatagli dall'art. 16 di detto decreto governativo, passò a tassare l'affrancazione di questi livelli a generazioni finite.

VI. Col decreto 17 giugno 1804 i debitori verso la nazione di decime, censi e livelli vengono abilitati all'affrancazione, ristretto questo diritto allo stesso debitore escluso qualunque cessionario (art. 2).

In tutto il resto si riferisce al regolamento 17 maggio 1804.

VII. Coll'art. 43 del decreto 17 luglio 1805, altro non si fa che ripetere la facoltà di domandare l'affrancazione a tutto denaro di livelli, decime, censi e simili ec.

VIII. Col decreto reale 11 febbraio 1806 (art. 7) viene ripetuta la disposizione dell'art. 43 della legge 17 luglio 1805: ma quanto al modo di esecuzione si rimette alle regole attualmente praticate.

Coll'art. 8 si permette l'affrancazione anche dei livelli posteriori al 1795, sempreché preceda la special dichiarazione del ministro delle finanze, e in caso di rettificazione e di transazioni succeda l'approvazione del re (art. 8 e 9).

IX. Col decreto 12 marzo 1806 si provvede piuttosto sul modo di pagamento, che sulle altre discipline dell'affrancazione dei livelli, censi ec.

X. Col decreto 4 agosto 1807 vengono radunate in un sol punto le regole antecedenti sulla tassa ed affrancazione dei livelli, decime, censi ec.

XI. Col decreto 1 ottobre 1808 si provvede solamente

sull' inammissibilità delle affrancazioni dopo scaduto il termine della restituzione.

XII. Col decreto 27 maggio 1809 si assegnano le regole per le stime dei fondi, e deduzioni dei pesi.

Nella sezione III si ripetono le disposizioni contenute nel decreto 4 agosto 1807.

Nota II.

Delle imposte per le quali in Francia fu accordato il diritto di ritenuta.

Stato antico.

Les évenemens malheureux qu'on avait successivement éprouvés durant la guerre de 1700, ayant fait craindre que les ennemis ne pénétrassent dans l'intérieur du royaume, Louis XIV ordonna la levée d'un dixième (1) par une déclaration du 14 octobre 1710, pour subvenir aux depenses que les conjonctures rendaient indispensables.

La perception de ce dixième devait, suivant la loi que l'avait établi, cesser trois mois après la publication de la paix; cependant on la continua jusqu'en 1717.

La guerre qui eut lieu après la mort du roi Auguste (2), fit rétablir le dixième par une déclaration du 17 novembre 1733, qui fut enregistrée au parlement de Paris le 22 décembre suivant. Cette loi portait que ce dixième cesserait trois mois après la publication de la paix; mais par un arrêt du conseil du premier janvier 1737, époque à laquelle la paix n'avait pas encore été publiée, la loi, pour marquer à ses sujets la satisfaction qu'il avait du zèle avec lequel ils s'étaient portés à lui procurer des secours, supprima le dixième, à compter du même jour premier janvier.

(1) Di ogni specie di rendita si in natura che in denaro, come si vedrà più sotto.

(2) Di Polonia.

La suppression portée par cet arrêt, ne fut pas de longue durée; car la guerre s'étant rallumée après le decès de l'empereur Charles VI, le dixième fut rétabli par une déclaration du 29 août 1741.

La paix fut conclue en 1748, mais la masse des dettes de l'État se trouva tellement augmentée, qu'en supprimant, par un édit du mois de mai 1749, le dixième établi en 1741, le roi ordonna en même temps la levée et perception du VINGTIÈME.

Voici les principales dispositions de cette loi.

« Art. 3. Voulons qu'à compter du dit jour premier janvier 1750, le vingtième soit annuellement levé à notre profit sur TOUS LES REVENUS ET PRODUITS des sujets et habitans de notre royaume, pays, terres et seigneuries de notre obéissance, sans aucune exception. »

« 4. Tous propriétaires ou usufruitiers, nobles et roturiers, privilégiés et non privilégiés, même les appanagistes et engagistes, payeront le vingtième du revenu de tous les fonds, terres, prés, bois, vignes, marais, pacages, usages, étangs, rivières, moulins, forges, fourneaux et autres usines, cens, rentes, dîmes, champarts, droits seigneuriaux, péages, passages, droits de pont, bac et rivières, droits des canaux, et généralement de tous autres droits et biens, de quelque nature qu'il soient, tenus à rente, affermés ou non affermés. »

« 5. Comme aussi le vingtième du REVENU des maisons des villes et faubourgs du royaume, louvées ou non louvées, ensemble pour celles de la campagne, qui étant louvées procurent un revenu aux dits propriétaires ou usufruitiers, même pour les parcs et énclos des dites maisons étant en valeur, de manière que le vingtième ne soit levé sur chaque nature des biens contenus dans le présent, et dans le précédent article, qu'eu égard AU REVENU, deduction faite des charges sur lesquelles dits propriétaires ou usufruitiers ne pourront être autorisés à faire la retenue du vingtième; et à l'égard des forges, étangs et moulins, ils ne seront imposés au vingtième que sur le pied des trois quarts du revenu. »

« 6. Et pareillement le vingtième de TOUTES LES RENTES sur les clergé, sur les villes, provinces, pays d'État et autres à l'exception des rentes perpetuelles et viagères sur l'hôtel de notre bonne ville de Paris, sur les tailles . . . . »

8. Seront sujettes à la levée du vingtième TOUTES LES RENTES A' CONSTITUTION SUR PARTICULIERS, RENTES VIAGÈRES, DOUAIRES ET PENSIONS, crées et établies par contrats, jugemens, obligations ou autres actes portant intérêts, comme aussi tous les DROITS REVENUS, ET ÉMOLUMENS DE QUELQUE NATURE QU'ILS SOIENT, attribués tant à nos officiers qu'autres particuliers, corps et communautés, soit qu'ils leur aient été aliénés ou réunis; et pareillement les octrois et revenus patrimoniaux, communaux, et autres biens et héritages des villes, bourgs, villages, hameaux et communautés, même les droits de messageries, carrosses et coches, tant par terre que par eau, et généralement tous les *autres biens, de quelque nature qu'ils soient qui produisent un revenu.*

6. Mais attendu que les propriétaires ou usufruitiers des fonds et héritages, maisons et offices, qui doivent des rentes à constitution, rentes viagères douaires, pensions, ou intérêts, payeront le vingtième de la totalité du revenu des fonds sur lesquels les rentiers, pensionaires et autres creanciers ont à exercer ou pouraient exercer leurs hypothèques voulons que le vingtième dû par les dits rentieres pensionaires et autres creanciers, soit à la décharge des dits propriétaires ou usufruitiers des fonds; et qu'à cet effet, le dit vingtième soit par eux RETENU, lors qu'ils ferout le payement des arrérages des dites rentes, pensions et intérêts, en justifiant par eux de la quittance du payement du vingtième des revenus de leurs fonds.

10. Et comme pareillement les particuliers, officiers, corps et communautés, même les corps et communautés des villes, bourgs, villages et hameaux, qui jouissent de droits, revenus et émolumens, de quelque nature qu'ils soient, droits d'octrois, revenus patrimoniaux, communaux, et autres biens et héritages, droits de messageries, carrosses, coches et autres, payeront le vingtième de la totalité du

revenu de tous les dits droits, émolumens, octrois et autres biens, lesquels peuvent être chargés du payement de rentes, pensions, droits, taxations, à quelque titre que ce soit; voulons que le vingtième dû par ceux qui jouissent des dites rentes, pensions, droits, taxations, émolumens ou intérêts soit à la décharge des dits particuliers, officiers, corps et communautés, et des corps et communautés des villes, bourgs, villages et hameaux; et qu'à cet effet, le vingtième soit par eux RETENU, lors qu'ils feront le payement des dites rentes, pensions, droits, taxations, émolumens ou intérêts, en justifiant par eux de la quittance du payement du vingtième de leurs dits revenus (1).

STATO MODERNO.

I.

Decret de l'assemblée nationale des 20, 22 et 23 novembre 1790 donné à Paris le 1.er decembre 1790.

Tit. 1.er

Articles généraux.

Art. 1.er Il sera établi, à compter du 1.er janvier 1791, une coutribution foncière qui sera répartie par égalité proportionelle sur toutes les propriétés foncières *à raison de leur revenu net*, *sous* autres exceptions que celles determinées ci-après pour les intérêts de l'agriculture.

2. Le revenu net d'une terre est ce qui reste à son propriétaire déduction faite, sur le produit brut, des frais de culture, semence, recolte et entretien.

(1) MERLIN *Rep. V.o Vingtième* tom. XIII, pag. 417 e 418.

3. Le revenu imposable est le revenu net moyen, calculé sur un nombre d'années determiné.

4. La contribution foncière sera toujours d'une somme fixe et determinée annuellement par chaque législature.

5. Elle sera perçue en argent.

Tit. 2.

Assiette de la contribution foncière pour 1791.

6. Les propriétaires dont les fonds sont grevés de rentes ci-devant seigneuriales ou foncières, d'agriers, de champarts ou d'autres prestations, soit en argent, soit en denrées, soit en quotité de fruits, feront, en acquittant ces rentes ou prestations, *une retenue* proportionelle à la contribution, sans préjudice de l'execution de baux à rente faits sous la condition de la non retenue des impositions royales.

7. Les débiteurs d'intérêts et de RENTES perpetuelles CONSTITUÉS (1) avant la publication du présent decret, et qui étaient autorisés à faire la retenue des impositions royales, feront la *retenue* à leurs créanciers dans la proportion de la contribution foncière.

8. Les debiteurs des RENTES VIAGÈRES constituées avant la même époque, et sujettes aux mêmes conditions, ne feront la *retenue* que dans la proportion de l'intérêt que le capital eût porté en rentes perpetuelles, lorsque ce capital sera connu; et quand le capital ne sera pas connu, la retenue sera de la moitié de la proportion de la contribution foncière.

9. A' l'avenir les stipulations entre les contractans, sur la retenue de la contribution foncière, seront entiérement libres; mais elle aura toujours lieu, à moins que le contrat ne porte la conditiou expresse de non-retenue (2).

(1) Censi consegnativi.

(2) Lois et actes du gouvernement tom. II, pag. 174, 175 e 176 à Paris imprimerie royale 1806.

II.

Loi relative aux retenues à faire sur les rentes ci-devant seigneuriales, foncières, perpetuelles ou viagères.

Donné à Paris le 10 juin 1791.
(Decret de l'Assemblée nationale du 7 juin 1791).

Art. 1.er Les debiteurs autorisés par les art. VI et VII des tit. 11 de la loi du 1.er decembre 1790, à faire une *retenue* sur les rentes ci-devant seigneuriales ou foncières, sur les intérêts OU RENTES PERPETUELLES, CONSTITUÉES avant la publication de la dite loi, soit en argent, soit en denrées, et des prestations en quotité de fruits à raison de la contribution foncière, la feront au *cinquième* du montant des dites rentes ou prestations pour l'année 1791, et pour tout le temps pendant lequel la contribution foncière restera dans la proportion fixée pour la dite année, sans préjudice de l'execution des baux à rentes ou autres contrats faits sous la condition de la non-retenue des impositions royales.

2. Quant aux RENTES OU PENSIONS VIAGÈRES non stipulées exemptes de la retenue, les debiteurs la feront aussi au cinquième, mais seulement sur le revenu que le capital, s'il est connu, produirait au denier vingt; et dans le cas ou le capital ne serait pas connu, la retenue ne se fera qu'au dixième du montant de la rente ou pension viagère conformement à l'art. VIII de la loi du 1.er decembre 1790. Ces proportions demeureront les mêmes pour tout le temps determiné par l'article précédent.

3. Le debiteur fera la *retenue* au moment ou il acquittera la rente ou prestation: elle sera faite en argent sur celles en argent, et en nature sur les rentes en denrées, et sur les prestations en quotité de fruits (1).

(1) Lois et actes du gouvernement tom. III, pag. 281. Paris etc.

Dell' identità di principio sulla spropriazione per causa di pubblica utilità del diritto comune anteriore, coll' art. 545 del codice Napoleone.

Se all' esordio di un discorso può convenire d' incominciare con un passo d'un uomo celebre; altrettanto sconviene in un'opera, in cui si pretende di assegnare i rapporti o veri o prescritti di una legge nuova, colle leggi anteriori o generali o speciali. Ecco ciò che fece il sig. Dard nella sua opera destinata appunto a questa funzione (1). All'articolo 545 del codice Napoleone, in cui si dispone, che « nessuno può essere costretto a cedere una sua proprietà se non per causa di utilità pubblica, e mediante una giusta e preventiva indennizzazione ». Il detto sig. Dard in vece di segnar qualche legge o ordinanza come negli altri luoghi, segna *esprit des lois liv. 26 chap.* 15, quasichè il principio proclamato dal codice derivasse da una specie di rivelazione di Montesquieu, nè fosse per lo contrario tanto antico quanto il diritto civile, tanto noto quanto eran note le leggi romane, gli statuti, e gli scritti di tutti i giureconsulti d' Europa; e tanto conforme e costante in tutti i tempi anteriori, quanto conformi e costanti furono le dottrine di tutti gli espositori di diritto comune. Di ciò fanno prova i segnenti fatti:

1.° Nel corpo del diritto romano trovasi solennemente stabilita la regola generale, che *niuno possa essere costretto ad alienare qualunque sua proprietà.* Le leggi 11, 13 e 14 *cod. de contrahen. empt.* sono formali. A questa regola generale che era un' emanazione essenziale del diritto di proprietà, non potevansi fare altre eccezioni che quelle segnate dalla legge.

La prima di tali eccezioni si fu appunto quella della vendita forzata per pubblica causa Questa eccezione è fon-

(1) Code civil des Français avec des notes indicatives des lois romaines, coutûmes, ordonnances, edits, et declarations — a Paris chez F. A. Commaille.

data sulla legge stessa sociale, la quale esige questo sagrificio entro i limiti della necessità, vale a dire col minimo detrimento possibile. Quindi trovansi leggi su le alienazioni e gli acquisti in causa di pubblica necessità o utilità, le quali risguardano sì i beni stabili, quanto i generi di prima necessità per la sussistenza del popolo e delle armate. Si consultino difatti le seguenti leggi:

Leg. venditor. 13 §. 1 *ff. communia praedior.*

Leg. 14 *si locus ff. quemadmodum servitutes ammitt.*

Tot. tit. cod. ut nemini liceat in empt.

Pragmatica Justiniani cap. 18.

2.° Richiamate alla luce e riposte in osservanza in occidente le leggi giustinianee, i primi giureconsulti italiani, i quali colla forza propria del genio (1), seppero dalle disposizioni particolari ascendere ai principj generali fin dal secolo XIV., trassero dalla combinazione delle recate leggi il principio proclamato dal codice Napoleone.

Nelle citate leggi 11, 13 e 14, videro il primo dato della libertà della proprietà. Videro poi nella *leg.* 14 *ff. quemadm. servitutes ammit.* il caso nel quale una *strada pubblica* lungo un fiume venga portata via o per ruina o per impeto del fiume. Che cosa dispone la legge? Eccolo. *Cum via publica vel fluminis impetu vel ruina ammissa est, vicinus proximus viam praestare debet.*

Qui domandarono tosto i giureconsulti. Questa spropriazione in causa di pubblica utilità deve forse essere fatta *senza l'indennizzazione* del privato, il di cui terreno viene occu-

(1) Se al dire dell'immortale Leibnizio una proprietà del genio si è di passare ordinariamente dal concreto all'astratto, dai particolari ai generali e viceversa, questo pregio negar non si può ai Giureconsulti italiani che i primi illustrarono la romana legislazione. Essi nella mancanza di nozioni filologiche se non portarono nei loro comentarj il sussidio d'una purgata erudizione, vi posero però tanta filosofia e tanta logica che meritarono dai più illuminati posteri la lode di aver quasi pareggiata la sapienza dei giureconsulti mentovati nelle pandette. Tale si è il giudizio di un Leibnitz, d'un Grozio, d'un Vico e d'un Gravina.

pato per rifare la strada pubblica? Essi cercarono la risposta a questa domanda nella legge, e trovarono per identità di principio che il privato doveva essere previamente indennizzato. *Non aliter hoc faciat nisi prius solitum solatium pro hoc domino praestet*, dice la *leg.* 13 §. 1 *ff. comm. praedior.*, la quale sebbene parli di una cava di pietre, pure per identità di principio si applica a qualunque spropriazione del privato in grazia del pubblico.

Così fecero que' giureconsulti, e così pure ritenne il Gottofredo, il quale nella sua nota alla suddetta legge 14 *quemadm. servitut. amnit.* rimanda alla legge 13 *ff. comm. praedior.*, e dove nota con Bartolo il diritto della spropriazione mediante un prezzo onesto. Dall' unione pertanto di quelle leggi richiamate ai loro generali principj ne derivò la massima che si legge nei giureconsulti tutti posteriori, che *niuno può essere costretto a cedere o a vendere la sua proprietà se non in causa di pubblica necessità o utilità, e mediante equa indennizzazione*, epperò il sig. Montesquieu non ebbe altro merito che quello di ripetere una massima che da secoli e generalmente era stata fissata e ripetuta.

3.° Ciò si prova considerando che colla combinazione delle recate leggi la giurisprudenza comune fu concorde e costante in tutti que' luoghi ne' quali il diritto romano fu esteso: testimoni ne siano i seguenti scrittori:

Gloss. *ad leg. si locus ad verb. praestare quemadm. servitut. ammitt.*

Alexander *consil.* 151 *incip. in caus. Bart. num.* 3 *vol.* 6.

Joan. Andreas 21 *tit. de excusat. sentent. super nub. in fin., et per Bart. ad leg. fin.* §. *fin. de pignorat. act.*

Ludovicus Roman. *consil.* 310.

Jason. *ad leg. barbar. n.* 36 *et seqq. de offic. praetorii, et ad leg. fin. n.* 2 *cod. si contra jus vel utilitate publ.*

Gomez. *variar. resolut. tom. II. cap.* 2 *n.* 51.

Covaruvias *variar. resolut. lib.* 8 *cap.* 41.

Menoch. *de arbitror. judic. lib.* 2 *cap.* 5 *cent.* 5 *cas.* 462 *n.* 12 *et* 13.

Hussan. *de propriet. hominib. quaest.* 1 *et* 40.

Merenda. *controvers. lib.* 1 *cap.* 30.

Questi due autori pongono diversi casi, ne' quali taluno a favore dell' utilità pubblica può essere costretto a cedere a giusto prezzo le cose proprie.

Aggiungasi a questo catalogo il nome di Gregorio Tolosano autor Francese del XVI. secolo, il quale nella sua opera *de repub.* al lib. 7 cap. 20 tratta di questo argomento. È rimarcabile fra gli altri il seguente passo: *quando ob causam publicam res a privato subdito evincitur, tantumdem, vel aestimatio ejus refundi debet ne subditus sine culpa sua re et praetio ejus invitus careat.*

In tutti gli statuti o espressamente o implicitamente (perchè o si chiama in sussidio il diritto comune) questa massima fu sanzionata. Anzi in alcuni al prezzo della stima si aggiungeva qualche cosa in contemplazione della coattiva, come se ne legge un esempio nel codice piemontese lib. 5 tit. 19, dove si dà al proprietario l' aumento di un ottavo sul prezzo stimato.

Questa osservazione critica all' opera del sig. Dard sarebbe stata da me omessa, se l' interesse di tutti quelli che prima del codice Napoleone hanno sofferto spropriazioni per causa di pubblica utilità, non consigliasse di avvertire aver essi lo stesso diritto come dopo il codice; la qual cosa non si verificherebbe se il codice medesimo avesse introdotto una *nuova* disposizione, come implicitamente deducesi dal confronto del sig. Dard.

PARERE

SULL' OPERA

DI EMILIO CESARINI

INTITOLATA

Principj del diritto commerciale secondo lo spirito delle leggi pontificie.

Per ora noi ci restringiamo ad una notizia sommaria di quest'opera, perocchè essa non è ancora compiuta. Diremo dunque in generale che essa ci pare molto giudiziosamente composta ed esattamente distesa. L'indole di lei è positiva, e pare consacrata ai giureconsulti, ai magistrati ed agl'illuminati negozianti: ma nello stesso tempo noi non la veggiamo ristretta a quella gretta e direm così servile esposizione che formava in passato la maniera dei trattatisti e prammatici di cui ridondano le nostre biblioteche. Il sig. Cesarini, senza eccedere la competenza del giureconsulto, sa nutrire le sue dottrine coi lumi della più sana economia politica, ossia dell'ordine sociale delle ricchezze.

« Un altro pregio tutto proprio di quest'opera si è di chiamare a confronto le leggi romane riguardanti i diversi articoli della legislazione commerciale. Altri commentarj furono fatti al codice commerciale francese; e prima di detto codice furono compilate buone commerciali istituzioni: ma, per quanto ci è noto, niuno praticò di citare a mano a mano in confronto le romane leggi che aver potevano relazione con una data sentenza della moderna commerciale giurisprudenza. Sia dunque lode propria del sig. Cesarini di avere tessuto questo lavoro il quale, al dì d'oggi specialmente in

cui l'erudizione storica e legale vien cotanto coltivata e ricercata, ci presenta rispetto alla ragion commerciale i principj della romana sapienza pei quali si fa fede dell'inoltratissimo incivilimento, almeno dei romani legislatori.

« Questo nuovo testimonio riesce tanto più prezioso, quanto più audacemente insorgono detrattori dell'illustre eredità di quella sapienza, alla quale l'Europa moderna deve la sua superiorità sulle altre parti del globo.

« Per un'altra mira poi il lavoro del sig. Cesarini diventa pregevolissimo: e questa mira si è una storia della legislazione commerciale, della quale manchiamo ancora, e che si può dire dovuta alla diligenza ed allo zelo degli Italiani. Fu già annotato fino dalla metà del secolo passato che l'Italia del medio evo fondò un genere di potenza ed un sistema assai più compiuto di quello conosciuto da tutta l'antichità; e questa potenza e questo sistema si è appunto il commercio specialmente da nazione a nazione. L'illustre Robertson fece avvertire di già e colla sua diligenza e' comprovò che le tre grandi invenzioni commerciali, cioè la *bussola*, le *cambiali* e le *banche* furono invenzioni italiane. Il celebre Merlin nel suo *Repertorio* aggiunse anche i contratti di assicurazione. Oltre queste quattro invenzioni, i moderni non ne aggiunsero verun'altra.

« Gli statuti, gli usi, lo stabilimento dei consolati di mare, ed altre analoghe istituzioni delle repubbliche commerciali italiane, quali furono Amalfi, Pisa, Venezia, Genova e Firenze, non vennero mai nè raccolte, nè esposte storicamente e con quell'accuratezza e sagacità alla quale danno lume i più sani principj della scienza dell'ordine sociale delle ricchezze. Ecco dunque una grande lacuna che dovrebbe essere riempiuta, e, osiamo dirlo, un grande ed assoluto debito dei dotti Italiani verso i loro maggiori e verso i loro contemporanei come eredi della gloria e dei beneficj dei loro antenati.

» Passando ora a render conto dell'opera del sig. Cesarini, diremo che i quattro volumi, ossia fascicoli fin qui da

lui pubblicati, contengono il primo libro dei di lui principj del diritto commerciale diviso in XXIII capi.

« Nel primo volume si tratta: — Dell'origine e necessità del commercio. — Del commercio e dei commercianti. — Della libertà di commercio. — Dei libri di commercio. — Dei contratti di società in genere.

« Nel volume II si tratta: — Dei contratti di società in nome collettivo. — Del contratto in società in accomandita. — Dei contratti di società anonima e di partecipazione propriamente detta. — Di alcune leggi comuni ai contratti di società di commercio. — Delle sociali controversie e della maniera di deciderle. — Dell'assicurazione dei diritti delle mogli.

« Nel III volume si tratta: — Delle borse di commercio. — Degli agenti di cambio e dei sensali — Dei commissionarj in genere. — Dei commissionarj nei trasporti per terra e per acqua. — Del condottiere. — Delle compre e vendite.

« Nel IV volume finalmente si tratta: — Dell'origine e natura della moneta. — Della natura del cambio e delle cambiali. — Della forma della cambiale. — Dell'aggio e del frutto dei cambj. — Della provvista dei fondi nella circolazione di una cambiale. — Dell'accettazione delle cambiali.

« Quando il rimanente dell'opera proceda come la parte di già pubblicata, noi speriamo che al pubblico italiano rimarrà la soddisfazione di congratularsi col sig. Cesarini per la bontà del suo lavoro. Forse una mente filosofica troverebbe a desiderare un ordine delle materie più ragionato e direm così analitico, tratto dalla natura stessa delle cose. Tutto considerato, si può dire che il sistema commerciale forma un albero spiegato di una stessa ed unica funzione, la quale nello stato d'incipiente società si trova esistere in uno stato compatto, unito e raggruppato. Ivi la stessa persona esercita le funzioni di produttore, di venditore, di condottiere, di sensale, e in breve lo stesso individuo riunisce in se stesso tutti quei rami che in una società incivilita veggonsi distribuiti fra diverse persone e fra distinte classi.

L'ordine naturale col quale queste funzioni si succedono, allorchè venivano praticate nel loro stato compatto, pare che determinare dovrebbero l'ordine dell'esposizione dottrinale. Ma questo, se manca per avventura in un'opera positiva, non può formare un difetto essenziale, purchè sani ed equi siano i dettami esposti, e niuna parte interessante sia dimenticata. E siccome è cosa impossibile che la legge positiva provvegga a tutti i casi, così in un trattato dottrinale importa che i principj direttivi che supplir debbono al silenzio della legge siano luminosi, fecondi e dimostrati e posti in armonia con tutto l'ordine delle leggi civili e politiche di uno Stato ben costituito.

« Noi speriamo che il sig. Cesarini vorrà in fine corredare il suo lavoro con alcuni canoni direttivi e suppletorj conformi alla dignità ed ampiezza della commerciale legislazione; e non vorrà soprattutto dimenticare di far fronte ai vecchi e disastrosi pregiudizj della così detta *bilancia commerciale*, alla quale e per l'evidenza dei lumi e per la necessità delle cose si deve rinunziare, come di fatto la più pertinace ostinatezza inglese ha dovuto rinunciarvi ».

DI ALCUNE REGOLE FONDAMENTALI
PER GIUDICARE IN MATERIA D'IMPOSTE O DI TASSE.

Più oggetti si presentano ai giudici all'occasione di dover pronunciare in materia d'imposte o di tasse. Altri colpiscono il merito, ed altri l'ordine. Qui il merito riguarda il *debito* imposto dalla legge. L'ordine riguarda il metodo dell'esazione e i diritti e i doveri su di ciò stabiliti.

Quanto al primo punto fa veramente meraviglia che si possano eccitar questioni di *massima* o per il titolo o per la quantità di una tassa, postochè per determinare e l'una e l'altra cosa, bastano sotto qualunque legislazione regolare i soli occhi. Niun uomo di senso comune si avvisò mai di sostenere che dalla posizione di una tassa sia lecito dedurre un'altra tassa, e dalla quantità fissata sia lecito dedurne un

aumento, lochè costituisce una seconda tassa. Si è bensì disputato se al tale o tal altro governatore, al tale o tal altro comandante militare, in certi casi autorizzati dalla necessità pubblica, competa il diritto di esigere sussidi senza una legge speciale; ma non mai se ad un giudice, ad un notaio o altro simile sia permesso o di autorizzare, o di esigere una tassa sugli *atti e contratti oltre i casi e la quantità espressamente comandata dalla legge.* Movere una simile questione egli è lo stesso che domandare se sia lecito a rubare. Cercare poi se la disposizione di una legge che tassò certi atti civili, si possa trasportare ad altri enti civili, o se la tassa imposta si possa aggravare, egli è lo stesso che domandare se sia lecito a qualsiasi uomo, anche costituito in dignità, di usurpare l'autorità del Sovrano per rubare le sostanze ai sudditi, vale a dire, se sia lecito di commettere un delitto contro le costituzioni per commetterne un altro contro le proprietà.

Il diritto di imporre tributi, tasse o gravezze per qualunque titolo, o sotto qualunque denominazione, è un diritto così esclusivo e per ragion essenziale, così proprio al sommo imperante, che non è possibile trovarne l'elemento nell'ordine privato, a meno che non si ricorra ad un libero accordo speciale conchiuso ogni volta col privato contribuente. Il diritto coattivo delle imposte e delle tasse, è invece un diritto appartenente alla ragion di stato (1); uno dei diritti di maestà che non può mai intendersi *implicitamente* delegato a veruna autorità subalterna, quantunque eminente nemmeno nelle più assolute monarchie. « Niuno, dicevano gl'Imperatori, paghi cosa *alcuna* a titolo d'imposta o sovra imposta dietro il solo ordine delle prefetture; ma qualunque imposta o sovra imposta, fosse anche munita del titolo solenne d'*indizione*, non deve esser pagata se non è autorizzata da un ordine imperiale, o confermata ed approvata da noi. In generale ogni gravezza non può essere indotta che da noi,

(1) Vedi il senso di questa parola a pag. 353-54 di questo volume.

ed esatta coattivamente se non dietro la nostra autorità. » (1)

Che cosa dir dovremo in un governo, nel quale per le costituzioni il Re giura di *non esigere alcuna imposta nè stabilire alcuna tassa che in virtù della legge?* (2)

Posto questo principio, ne sono evidenti le conseguenze.

Se il diritto d' imporre qualunque gravezza o tassa è totalmente proprio del Re, niun ministro, direttore, prefetto, podestà, e qualunque altro funzionario avrà diritto di imporre o in generale o in particolare tassa veruna coattiva per autorità propria.

Dunque ogni gravezza o tassa da loro fissata senza l' autorità del Re sarà una usurpazione del potere sovrano, ed un attentato alle costituzioni dello Stato, e alla proprietà, punibile secondo il codice penale.

Se per lo contrario qualunque imposta e tassa non può essere stabilita che in *virtù della legge*, il contribuente non potrà esser obbligato che in forza di una legge espressa emanata dal Re, e mai dietro solo ordine di qualunque autorità subalterna.

(1) Nihil superjudictorum nomine ad solas praefecturae litteras quisquam provincialis exsolvat: neque ullius omnino *indictionis* titulus etiam solemnis immineat, nisi cum nostro confirmata judicio, et imperialibus nixi praeceptis. Sedis amplissimae deposcat indictio, et cogat exactio. L. 1 cod. de superjudicto.

Questo principio fu ritenuto anche nelle tenebre del governo feudale, nel quale il diritto d' imporre gravezze o reali o personali o pecuniarie per propria autorità, e senza un corrispettivo che poteva formar oggetto contrattuale, fu riposto fra i regali, come consta dalla costituzione dell' Imperatore Federico: *feud. lib. II. tit.* 56.

(2) Il giuramento del Re è nei seguenti termini: « Io giuro di mantenere l' integrità del Regno, di rispettare e far rispettare la religion dello Stato; di rispettare e far rispettare l' eguaglianza dei diritti, la libertà politica e civile, l'irrevocabilità delle vendite dei beni nazionali, *di non esigere alcuna imposta, nè stabilire alcuna tassa, che in virtù della legge*; di governare colla sola vista dell' interesse, della felicità e della gloria del popolo italiano ». Art. 19 del secondo statuto costituzionale.

Dunque presentandosi il caso di un contribuente che ricusi di pagare un'imposta o tassa non istabilita in virtù di una legge espressa del Re, niun giudice dovrà o potrà prestare il suo ministero per pronunciare la condanna del preteso contribuente. Il giudice non riconosce ne' suoi giudizi altra norma che la legge: ed allorquando applica i regolamenti amministrativi emanati da inferiori autorità, egli non pratica ciò come dipendente da tali autorità, ma come unicamente dipendente dalla legge del Sovrano, che attribuì a tali autorità la facoltà di fare tali regolamenti, e partecipò loro così una frazione del potere legislativo per le circostanze locali, che determinar non si potevano in un regolamento generale. Su di ciò si richiami quanto fu esposto nel giornale di Giurisprudenza (1). Ivi più specialmente si vede essere del tutto mal fondato il timore di offendere l'autorità amministrativa *col rifiuto* a giudicare, perchè si tratta unicamente dei doveri sussidiarj dei giudici civili, e non di autorizzare il giudice a distruggere direttamente l'atto stesso irregolare ed incompetente dell'autorità amministrativa. Questa funzione spetta all'autorità superiore amministrativa o di ufficio, o per querela del privato indebitamente aggravato.

II.

Ma prescindendo dal caso di una tassa incostituzionale, e supponendola invece *legittima*, egli è da osservarsi il principio massimo ed eterno, che deve servir di guida perpetua a tutti i giudicati, non solamente in questa materia, ma in tutte quelle, nelle quali avvi *conflitto di diritti pubblici e privati.*

Se egli è vero che il diritto delle pubbliche imposte è fondato unicamente sulla pubblica *necessità;* se egli è vero del pari che per se stesso egli opera una detrazione alla privata proprietà; se il conoscere l'esistenza e i limiti di questa pubblica necessità spetta al solo Sovrano, se spetta a lui

(1) Tom. I, pag. 341 a 360.

solo il diritto di colpire la privata proprietà, ne viene di necessaria conseguenza che il carico non potrà dal giudice essere mai *esteso* al di là degli oggetti e dei limiti, ai quali al Sovrano piacque di estenderlo. Il diritto ordinario e primitivo della privata proprietà resiste ad ogni altra detrazione, come un corpo elastico resiste a qualunque restrizione che venisse tentata da una minor potenza comprimente.

In materia di imposte dunque si deve ragionare e giudicare nella stessa maniera che si ragiona e si giudica nelle materie *penali*, e in materia di nullità estrinseca, ed in qualunque altro oggetto, nel quale vengono a conflitto due diversi diritti, e devesi dare la preferenza più all'uno che all'altro. L'interpretazione *estensiva* non solo sarebbe senza ragione, ma un vero eccesso di potere, anzi vera soperchieria al diritto che si volesse sagrificare. L'interpretazione dunque ristrettiva (allorchè fosse necessaria una interpretazione) sola deve aver luogo.

Come dunque niun giudice, niun magistrato può avere autorità di estendere l'effetto di una legge che restringe la proprietà o la libertà civile in vista della pubblica causa oltre i limiti *voluti* dal legislatore, al quale unicamente spetta questa restrizione, così non potrebbe con più forte ragione estendere per via *d'induzione* una tassa da oggetto ad oggetto, nè aumentarne la qualità.

Tutto deve essere espresso e positivo per ciò stesso che tutto dipende dalla sola autorità e dal solo giudizio del Sovrano, che restringendo sempre *in via di eccezione* il diritto ordinario della proprietà privata, non permette che l'eccezione si estenda, perchè con ciò si verrebbe ad operare una seconda detrazione non comandata da lui.

Aperto una volta il varco per un sol centesimo o per un oggetto benchè minimo espressamente non contemplato dal Sovrano, non si troverebbe più confine ove arrestarsi: epperò la legge deve essere inflessibile, e il giudizio rigoroso quando si tratta di un centesimo, come si trattasse di un millione, quando si tratta della tassa di un certificato, come quando si tratta della tassa di un'eredità di più millioni.

III.

Tutto il fin qui detto riguarda solamente il caso, in cui si disputi *quale sia l' ente tassato*, e *quale e quanta sia la tassa imposta*. Qui il tentativo solo di argomentare o per analogia o per identità di ragione onde trasportare la tassa o aumentarne la quantità, considerar si deve come un oltraggio alla giustizia ed alla provvidenza del legislatore.

In forza di questa provvidenza appunto sotto dell'attuale governo il legislatore si occupò a fissare ed a distinguere uno per uno tutti gli oggetti tassabili in ogni ramo sì di registro, che di salari di tasse giudiciarie, notarili e di qualunque altro genere, facendo nel codice dei delitti e delle pene reo di concussione ogni pubblico ufficiale, che esigesse od oltre o di più dell' oggetto e della quantità fissata (art. 174), ed aggiudicando in via civile la restituzione del mal tolto con tutti i danni, ed interessi. (Veggansi le tariffe per gli atti civili dell' 11 settembre 1807 art. 224, e quella per gli atti criminali della stessa data art. 67. Decreto 21 maggio 1811 art. 100, 136.).

La cosa non procede così limpidamente, allorchè non cadendo veruna disputa su *l' ente ipotetico* contemplato dal legislatore, e sulle altre regole dell' esigenza, si può trovar dubbio se *l'ente concreto* e pratico del tale atto o contratto *coincida* coll' ente ipotetico della legge. Allora la questione non è più di diritto o di interpretazione di legge sull' ente tassabile o non tassabile; ma bensì è di *puro fatto*, ed entra nelle competenze della interpretazione giudiziaria.

In questa categoria cadono appunto le questioni sulla legge del registro. Scorrendo difatti la serie di quelle che si sono presentate nel foro, si scorgerà che quelle che meritarono l' attenzione dei tribunali non cadono per esempio sul caso se una vendita, una locazione, una retrovendita, una cessione siano soggette a registro; ma bensì se quel tal atto particolare racchiuda i requisiti dell' ente tassabile già determinato dalla legge, se il valore di questo ente debba

essere determinato piuttosto nel tale che nel tal altro modo, colle tali imputazioni e deduzioni piuttosto che colle tali e tali altre.

Molte altre questioni cadono, è vero, in materia di registro sui doveri subalterni che la legge impone, sui termini delle rispettive insinuazioni, sulla responsabilità dei contribuenti, sulle procedure ec., ma tutte queste sono estrance al nostro proposito.

Per la pratica dunque dobbiamo conchiudere, che quando la questione versa sull'*ente ipotetico della legge fiscale*, cioè se un dato atto, contratto o oggetto sia o no tassabile i giudici debbono assumere per norma perpetua la sola *letterale* espressione della legge senza ampliazione e argomentazione, attesochè senza di ciò commetterebbero un eccesso di potere spogliativo della proprietà privata. Ogni arbitrio su di ciò sarebbe una specie di prevaricazione; postochè *lo stato dei cittadini sta sotto la protezione dei tribunali;* e perciò stesso sono incaricati dalle costituzioni a tutelare colla loro autorità sì *la civile libertà*, che la privata proprietà

Allorchè poi la questione cade sull'ente di fatto, e sugli altri punti sopra contemplati, i giudici debbono assumere per norma la *sola disposizione positiva* della legge. La sua *mente* deve essere indubitatamente raccolta dalla *lettera* senza argomentare nè dalla convenienza, nè dall'analogia, e molto meno dall'interesse. Se per esempio nella legge del registro si volesse far giuocare il principio generale, che *le mutazioni* di qualunque proprietà essendo l'oggetto preso di mira dalla legge, si deve portare la stessa inquisizione nelle proprietà mobiliari, come nelle immobiliari, perchè avvi identità di ragione, si argomenterebbe male e contro la positiva intenzione della legge, la quale trattandosi di tassare in una successione aperta gli effetti mobiliari e il loro valore, si riposò sulla notificazione dell'erede per non inquietare soverchiamente con odiose ricerche una privata famiglia. Parimenti se in vista della nota massima, che il denaro è un rappresentativo di tutti i valori e di tutte le

proprietà si volesse dedurre che la tassa per le mutazioni dei capitali pecuniarj debba essere *eguale* a quella dei beni o dei diritti immobiliari, si argomenterebbe male e contro il fatto positivo del legislatore; il quale per favorire il commercio stimò opportuno di aggravare con una molto minor tassa la circolazione dei capitali pecuniarj.

Tanto è vero che in materia fiscale non è lecito di argomentare come in materia di diritto civile statuente, per la ragione differenziale già altrove allegata. Dunque gravissimo e perniciosissimo abuso di ragione e di autorità sarebbe quello del giudice in materia di imposte o di tasse *applicare* la legge, argomentando non solamente da caso a caso; ma da oggetto ad oggetto, da quantità a quantità. Sempre è forza di attenersi strettamente alla disposizione positiva della legge emanata, anche quando si tratta delle altre *materie secondarie* alla fissazione dell'ente tassabile, e della quantità fondamentale dell'imposta.

IV.

A maggiore schiarimento delle cose discorse fin qui, e ad oggetto di *giudicare* con piena cognizione fa d'uopo distinguere la parte *statuente* dalla parte *esecutiva* della legge fiscale.

Quanto alla parte statuente, che sempre si suppone *chiaramente espressa*, conviene indagare prima di tutto:

« Quale sia la *funzione* propria, alla quale la legge fiscale si è ristretta, e quali in conseguenza siano le norme del giudice onde determinare con sicurezza il vero debito capitale dei contribuenti. »

Quanto poi alla parte *esecutiva* della legge (che egualmente si suppone *chiaramente espressa*) conviene indagare quali siano i diritti, e i doveri rispettivamente accordati o comandati ai contribuenti sì per eseguire, che per rifiutare il pagamento dell'imposta stabilita.

Sotto il nome generico d'imposta si abbraccia qui *qualunque prestazione reale ordinata per diritto d'impero.*

Dicesi qualunque prestazione *reale* per distinguere il *tributo* dal *servigio*; la legge che colpisce le cose, da quella che colpisce la persona, i rapporti che riguardano la *proprietà reale*, da quelli che riguardano la *proprietà personale*.

Fu inoltre impiegata la denominazione di *prestazione* per abbracciare qualunque sorta di contribuzioni sì in *generi*, che in denaro, ordinata dall' autorità suprema. (1)

Si è posta nella definizione la qualificazione che l' imposta sia *ordinata a titolo d' impero*. Questa qualificazione propriamente costituisce il requisito essenziale dell' imposta per diversificarla da qualunque altra prestazione avente un titolo civile o di obbligazione personale, o *ex re* cioè *in quantum in rem versum*. La suddetta qualificazione è di un uso universale specialmente nelle questioni feudali, onde distinguere le prestazioni aventi un titolo civile, da quelle che non avendo un tal titolo si risolvono veramente in un titolo puramente regale per il gran principio, che la proprietà non può essere coattivamente colpita o vincolata, se non per diritto di sovranità residente appresso il capo dello stato, o partecipata a qualche altra persona.

È quasi superfluo l' avvertire che il nome d' imposta conviene tanto alle pubbliche contribuzioni che vengono versate nel tesoro dello Stato, quanto a qualunque tassa o salario, che per ordine del Sovrano si paghi direttamente ad

(1) Sotto gl' imperatori romani l' imposta ordinaria aveva abitualmente due rami, l' *annonario*, e il *pecuniario*. Il primo serviva primariamente al mantenimento delle armate permanenti, e consisteva in frumento, orzo, vino, e lardo. Il secondo alle altre spese dello stato. In questo secondo ramo occupava un posto principale la tassa sull' eredità, e su i contratti.

Benchè l' imposta *in generi* non sia collocata presso di noi nel sistema *ordinario* delle pubbliche contribuzioni, tuttavia sotto un aspetto vige in quella parte di amministrazione che riguarda le *fazioni militari*, le quali importano tali prestazioni. Ho detto sotto un aspetto, perchè la sola prestazione è coattiva, e il prezzo viene compensato dallo stato.

un impiegato o ad un ufficiale pubblico; perocchè pagandosi sempre per comando obbligatorio del Sovrano, torna lo stesso per il contribuente sia che si paghi immediatamente al tesoro dello Stato, sia che si paghi alla persona del salariato.

Premesse queste nozioni, e cercando quale sia la funzione propria della legge fiscale, considerandola nella parte statuente, conviene prima di tutto annotare che questa funzione si restringe unicamente a sottoporre o non sottoporre ad imposta il tale e tal altro oggetto, e nel determinare in alcuni il modo di stabilirne il valore onde applicarvi la tassa imposta.

Qui dunque convien distinguere l'*ente* tassabile dalla imposizione operata dalla legge fiscale. La natura, la qualità, gli accessorj dell'ente tassabile sono tutte cose *anteriori*, e indipendenti dalla legge fiscale, la quale suppone l'ente *già esistente* colle sue qualità. Così per esempio: nel linguaggio fiscale la vendita, la donazione, la permuta, il mutuo ec. non hanno nè possono avere un significato diverso da quello che esse hanno nell'ordine civile. Il dizionario dunque fiscale, se mi è lecito il dirlo, quanto all'ente tassabile, è lo stesso perfettamente del dizionario civile.

I giudici pertanto non possono temere di commettere verun equivoco assumendo i nomi degli enti fiscali nello stesso stessissimo senso, in cui vengono assunti nel linguaggio civile. Tutte le difficoltà dunque non si potranno concentrare che alle altre circostanze subalterne proprie della ragion fiscale.

E qui è necessaria un'osservazione per vedere a che circoscrivere si possa il campo di queste difficoltà. Quando l'ente tassabile è semplice non può cadere difficoltà veruna, attesa appunto la semplicità del soggetto. Come in geometria affermando qualche cosa di un quadrato, di un circolo, di un triangolo, non può cadere difficoltà in conseguenza dell'idea propria di queste figure, il concetto delle quali è semplice, così in materia di tasse, applicando il diritto fisso ad un atto di procedura o ad altro si-

mile, non può cadere veruna difficoltà nell'applicare la legge (che essenzialmente dev'essere espressa) attesa la semplicità del concetto tanto dell'ente tassabile, quanto della tassa che non soffre nè aumento, nè diminuzione.

Lo stesso non è negli enti *complessi tassabili*, nei quali la moltiplicità degli elementi, e soprattutto la varia maniera, colla quale possono essere combinati dando luogo ad un aumento e ad una dimiuuzione di tassa, richieggono una specie di chimica mentale, per distinguere la ragione fiscale della legge, a meno che *ogni caso* ed ogni combinazione non sia stata espressamente contemplata. L'industria del giudice, allorchè la legge non presentò questi enti complessi ad uno ad uno, nè vi applicò la rispettiva tassa, sta nel determinare colla scorta espressa della legge, qual effetto aver possa l'*unione* degli elementi semplici, onde importare piuttosto l'una che l'altra tassa progressiva. Ecco a che si riduce propriamente tutta la difficoltà nelle decisioni specialmente in materia di registro, quando si tratta del diritto proporzionale. Anzi si può dire che tutte le difficoltà si circoscrivono d'ordinario entro questo solo spazio, fuori del quale tutto procede colla maggiore evidenza per ognuno che prestar voglia un poco di attenzione al soggetto delle questioni.

Questo non è il luogo di entrare nelle discussioni appartenenti a questo ramo di tasse. Mi contento pertanto delle poche nozioni fondamentali e geuerali fin qui ricordate, rimettendo ad altro luogo ciò che appartiene alla ragion giudiziaria in materia di registro.

Nulla dirò del pari della parte esecutiva delle leggi fiscali, perchè questa è in se stessa varia e subordinata ai rispettivi rami d'imposta.

INDICE

DELLE MATERIE

QUESTIONI DI DIRITTO.